



لجنة القانون

الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية

مجموعة باحثين

المجلس الأعلى للثقافة
لجنة القانون
مجموعة باحثين

الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية



المجلس الأعلى للثقافة

اسم الكتاب : الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية
اسم المؤلف : لجنة القانون - مجموعة باحثين
الطبعة الأولى - القاهرة ٢٠٠٣ م .

حقوق النشر محفوظة للمجلس الأعلى للثقافة

شارع الجبلية بالأوبرا - الجزيرة - القاهرة ت ٧٣٥٢٣٩٦ فاكس ٧٣٥٨٠٨٤

El Gabalaya St , Opera House, El Gezira, Cairo

Tel : 7352396 Fax : 7358084 E. Mail : asfour @ onebox. com

خصوصية التعاقد عبر الإنترنت

الدكتور

أسامة أبو الحسن مجاهد

أستاذ القانون المدنى المساعد

بكلية الحقوق – جامعة حلوان

مقدمة

أدى التقدم الهائل فى وسائل الاتصال فى نهاية القرن العشرين إلى تحول العالم إلى قرية واحدة، وأثر ذلك على العلاقات بين الشعوب المختلفة فتخطت الحواجز الإقليمية والجغرافية والثقافية، ليلتقى أطرافها عبر الأثير بسرعة فاقت الخيال .

ولم تكن المعاملات التجارية بمنأى عن هذا التأثير ، فأصبح التاجر يعرض منتجاته وخدماته عبر شبكة (الانترنت) وأضحى كل شخص يجلس أمام جهاز حاسوب متصل بالشبكة عميل محتمل له ، فيكفى أن يضغط على مفتاح معين ليبرم التصرف القانونى . وكان من الطبيعى أن تتطور قواعد القانون لتستجيب لحاجات هذه التجارة الالكترونية الجديدة المتحررة من المستندات الورقية ، كى توفر الثقة والأمان لعقود التجارة الإلكترونية التى تجرى عبر الشبكات المفتوحة . فصدر قانون التجارة الالكترونية النموذجى عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى وهناك أيضاً مشروع قانون التوقيعات الالكترونية النموذجى ، كما صدرت تشريعات وطنية فى الولايات المتحدة الأمريكية ، وألمانيا ، وفرنسا ودول أخرى ولذلك حرصت لجنة القانون بالمجلس الأعلى للثقافة على تنظيم هذه الندوة التى تعالج بعض الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية ، كى تلقى الضوء على المشكلات القانونية التى تطرحها التجارة الالكترونية والتى تتعلق بقانون الإثبات ، ونظرية الالتزامات ، وقانون العقوبات الذى بدأ يواجه ظواهر إجرامية لم تكن معروفة من قبل ، وشارك فى هذه الندوة عدد من المتخصصين الذين قدموا مجموعة من الأبحاث التى تناولت هذه الموضوعات ، أملين أن تكون خطوة تتبعها خطوات أخرى تنبه إلى خطورة موضوع التجارة الالكترونية وضرورة تدخل المشرع لتنظيم جوانبها المختلفة .

مقرر لجنة القانون بالمجلس الأعلى للثقافة

الأستاذ الدكتور/ محمود نجيب حسنى

تمهيد

ظهرت النواة الأولى لشبكة الإنترنت عندما بدأت وزارة الدفاع الأمريكية مشروع ARPA (Advanced Research Project Agency) في عام ١٩٦٠ والذي كان يستهدف تحقيق هدف استراتيجي وهو إرسال تعليمات التصويب من خلال مركز التحكم إلى قواعد الصواريخ حتى ولو بعد تدمير جزء من شبكات الاتصال نتيجة لتعرضها للهجوم ، وقد اتسع نطاق هذه الشبكة سريعاً لتدخلها وتتقاسمها جميع مصادر المعلوماتية في الولايات المتحدة الأمريكية ، ونشأ من هذا التدخل الشبكة الجديدة ARPAnet ، وقد أدى ظهور هذه الشبكة إلى ربط كبرى المواقع المعلوماتية ببعضها وهو ما سمح لها جميعاً باستعمال المعلومات المتداولة عليها من خلال بناء مرن ومستقل عن الحاسبات المستعملة فيها ، ثم تحققت لهذه الشبكة انطلاقة أقوى عندما تبنتها المؤسسة العلمية القومية (National Science Foundation (NSF وذلك بمناسبة إنشاء خمسة مراكز كبرى للحاسبات الفائقة supercalculateurs وذلك بهدف السماح بدخول المجتمع العلمي كافة إلى المعلومات المخزونة ، وهكذا أصبحت كل المراكز الجامعية الكبرى متصلة بالشبكة التي أخرجتها إلى حيز الوجود المؤسسة العلمية القومية والتي لعبت فيها دور العمود الفقري أو المعبر لحركة مرور المعلومات الخاصة بكل الشبكات الداخلة فيها . ومنذ ذلك الحين أصبح من الممكن الدخول إلى أي نقطة على الشبكة من خلال أي موقع جامعي متصل بها .

وقد أبرمت المؤسسة في عام ١٩٨٧ عقداً مع بعض الشركات الخاصة^(١) ، من أجل إدارة شبكة المؤسسة العلمية الوطنية وزيادة كفاءتها . ومنذ ١٩٩٢ توقفت المؤسسة العلمية الوطنية عن الاستثمار في الشبكة تاركة الباب مفتوحاً لأنواع أخرى من التمويل ومن ثم لأنواع أخرى من الاستعمال لغير الأغراض العلمية^(٢) .

وهكذا وقد أصبحت الإنترنت بمثابة اتحاد للشبكات ، فإنها لم تتوقف عن التطور وأصبح الدخول إليها في الوقت الحالي متاحاً للكافة ، ولم يعد استخدامها قاصراً على باحثي الجامعات وموظفي المؤسسات العامة ، فقد وجد الأفراد والمشروعات الخاصة فائدة كبيرة في الإبحار عبر الشبكة ، وبعد أن كان استخدام الإنترنت في الناحية التجارية محظوراً من قبل فقد تزايد خلال بضعة سنوات وذلك على خلاف المفهوم الأول الذي ساد في بدايتها ، وازداد اتساع الشبكة على نحو سريع وأصبحت تضم أكثر من ٢٥٠٠٠ شبكة في كافة أنحاء العالم وجاوز مستخدموها أربعين مليوناً^(٣) .

ومن أبسط التعريفات التي قيلت لشبكة الإنترنت أنها شبكة هائلة من أجهزة الكمبيوتر المتصلة فيما بينها بواسطة خطوط الاتصال عبر العالم^(٤) .

ومن أجل أن يتمكن الشخص من استخدام الإنترنت فلا بد أن يتوافر لديه جهاز كمبيوتر ، وأن يفتح حساب اتصال لدى أحد مقدمي خدمة الإنترنت **Internet Service Provider** وهو شركة أو مؤسسة تملك اتصالاً بشبكة الإنترنت ذو سرعة عالية وكلفة باهظة ، ولكنه يحقق الربح عن طريق تقديم خدمة الاتصال بكلفة أقل للأفراد أو الجهات التي تحتاج خدمة الاتصال بالإنترنت ، كما يجب أن يكون لديه جهاز مودم **modem** وهو عبارة عن جهاز لتحقيق الاتصال بين جهاز الكمبيوتر وخط الهاتف^(٥) .

ومن البديهي أننا لن نتناول في هذه الدراسة القانونية الكثير – التفاصيل الفنية الخاصة بشبكة الإنترنت – ولكننا سنضطر حتماً إلى استخدام بعض المصطلحات المتداولة بشأن هذه الشبكة التي سنوضح كل منها في حينه ، إلا أننا لن نستطيع بدء هذه الدراسة إلا بعد التعرف على خدمتين أساسيتين من الخدمات التي تقدم على شبكة الإنترنت واللذان تستخدمان بصفة أساسية في التعاقد عبر الإنترنت وهما خدمة **World Wide Web** وخدمة البريد الإلكتروني .

أما عن خدمة **World Wide Web** والمسماة **Web** اختصاراً^(٦) ، والتي يعبر عنها البعض بالعربية بشبكة المعلومات العالمية^(٧) ، فهي الخدمة التي يمكن من خلالها زيارة مختلف المواقع على شبكة الإنترنت وتصفح ما بها من صفحات من أجل الوصول إلى معلومات معينة أو من أجل إبرام عقد مع أحد التجار الذي يعرض منتجاته على الشبكة مثلاً ، وأهم المصطلحات التي تقابلنا في هذا الشأن هو مصطلح موقع الويب **Web site** ويقصد به كل مكان يمكن زيارته على شبكة المعلومات العالمية ، وهناك الملايين من مواقع الويب على الشبكة ، لكل منها عنوانه الخاص الذي يشار إليه بأحرف الاختصار والذي يقوم مقام العنوان العادي أو رقم الهاتف^(٨) ، ولكي تتمكن من زيارة موقع ما فن يكون عليك سوى تحرير هذا العنوان وهذا سوف تدخل على هذا الموقع وأول ما يطالعك فيه هو الصفحة الأم **home page** وهي الصفحة الرئيسية في الموقع والتي يمكن من خلال ما بها من روابط أو إشارات **hyperlinks** الوصول إلى الصفحات الأخرى التي يتضمنها ذات الموقع والتي يرغب الزائر في الحصول على معلومات منها أو التعاقد على منتج معين على سبيل المثال ، وتسمى هذه الصفحات في العمل بصفحات الويب **Web pages**^(٩) .

أما عن خدمة البريد الإلكتروني e-mail^(١٠) ، فهي ببساطة استخدام شبكة الإنترنت كمكتب للبريد ، بحيث يستطيع مستخدم الإنترنت بواسطتها إرسال الرسائل إلى أى شخص له عنوان بريد إلكترونى ، كما يمكنه أيضاً تلقي الرسائل من أى مستخدم آخر للإنترنت ، وتتم هذه الخدمة مجاناً ولا يستغرق إرسال الرسالة واستقبالها سوى بضعة ثوان ، ويجب أن يكون لدى مستخدم الإنترنت برنامج للبريد الإلكتروني يدرج ضمن البرامج التى يحتويها جهاز الكمبيوتر الخاص به^(١١) ، وأن يتبع بعض الخطوات اللازمة لكى يصبح متمتعاً بخدمة البريد الإلكتروني المجانية ، ويمكنه بعد ذلك إرسال الرسائل بالبريد الإلكتروني وذلك بكتابة عنوان المرسل إليه فى الخانة المخصصة لذلك ثم كتابة موضوع الرسالة ثم الضغط على أمر الإرسال ، وبذلك تكون الرسالة قد أدرجت تحت عنوان المرسل إليه على الشبكة ، ولكى يتمكن المرسل إليه من مطالعتها فما عليه سوى أن يستعمل برنامج بريده الإلكتروني ويصدر أمراً بتحميل الرسائل على صندوق بريده الإلكتروني الوارد Inbox وهنا سوف يجد جميع الرسائل التى وردت إليه فى هذا الصندوق ، ويسمح البرنامج المستخدم عادة بإيجاد قائمة بالرسائل تتضمن بياناً بالمرسلين مع التمييز بين الرسائل التى سبق مطالعتها وتلك التى لم يطلع عليها المرسل إليه بعد ، ولقراءة أى رسالة ينبغى الضغط على موضعها فى القائمة المذكورة فتظهر أمام المرسل إليه على شاشة جهاز الكمبيوتر^(١٢) .

ويهمنا هنا أن نؤكد على أن شبكة الإنترنت لم تعد مجرد وسيلة لتبادل المعلومات والحصول عليها من شتى أنحاء العالم ، بل أنها قد أصبحت أيضاً وسيلة يتم من خلالها إبرام العقود بمختلف أنواعها وهو ما يسمى بصفة عامة بالتجارة الإلكترونية ، ونظراً لتعدد الموضوعات القانونية التى يثيرها إبرام العقود عبر الإنترنت والتى سنشير إليها لاحقاً بإيجاز ، بحيث لا يكفى أن يضمها بحث واحد ، فقد اخترنا أولها وهو انعقاد العقد الإلكتروني أو عقد التجارة الإلكترونية إلا أن ذلك لا يمكن أن يتم إلا بعد تعريفه بطبيعة الحال ، على أن نسبق ذلك بنظرة عملية نطلع بها على المشكلات التى يثيرها التعاقد عبر الإنترنت بصفة عامة بحيث يتضح موضوع البحث من بينها ، وعلى العقود المتداولة فى التجربة الأوروبية والأمريكية ، وهكذا تتضح أمامنا خطة هذا البحث على النحو التالى :

خطة البحث

مبحث تمهيدى

نظرة عملية

المطلب الأول : المشكلات العملية التى يثيرها التعاقد عبر الإنترنت بصفة عامة وتحديد موضوع البحث من بينها .

المطلب الثانى : نظرة على العقود المتداولة عملاً : (العقد النموذجى الفرنسى وعقود المراكز التجارية الافتراضية) .

المبحث الأول

تعريف العقد الإلكترونى وتمييزه عن بعض العقود

المطلب الأول : تعريف العقد الإلكترونى .

المطلب الثانى : تمييز العقد الإلكترونى عن بعض العقود .

المبحث الثانى

انعقاد العقد الإلكترونى

المطلب الأول : التراضى فى العقد الإلكترونى .

المطلب الثانى : محل العقد الإلكترونى .

مبحث تمهيدى نظرة عملية المطلب الأول

المشكلات العملية التى يثيرها التعاقد عبر الإنترنت
بصفة عامة وتحديد موضوع البحث من بينها :

تمثل التجارة الإلكترونية أهمية معتبرة للاقتصاد الفرنسى والأمريكى فقد أبرز أحد التقارير أن العديد من المشروعات الفرنسية قد تبنت بسرعة استخدام الإنترنت ، فقد استخدمتها ٢٤ بالمائة منها فى عام ١٩٩٧ وذلك فى مقابل ١٤ بالمائة فى عام ١٩٩٦ ، كما أشار التقرير إلى أنه من المتوقع أن يتضاعف هذا المعدل ليصل إلى ٤٨ بالمائة فى عام ١٩٩٨ ، وقد بلغت أرقام المبيعات بهذه الطريقة ٥١٨ مليوناً من الدولارات فى الولايات المتحدة الأمريكية و ٥٠ مليون من الفرنكات فى فرنسا فى عام ١٩٩٦ ، ويتوقع أن تصل هذه الأرقام إلى ٦٥٧٩ مليون من الدولارات فى الولايات المتحدة الأمريكية وتسعة مليارات من الفرنكات فى فرنسا عام ٢٠٠١^(١٣) ، بل أن مصدراً آخر قد أشار إلى أنها قد تجاوزت ثمانية مليارات من الدولارات فى الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٩٧ و ١٥٠ مليوناً من الفرنكات فى فرنسا عام ١٩٩٨^(١٤) ، كما يتوقع البعض أن ٦٠ بالمائة من النمو الاقتصادى الذى سيتحقق خلال السنوات الأولى من القرن الحادى والعشرين سيكون راجعاً فى المقام الأول إلى التجارة الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات بصفة عامة^(١٥) ، كما ذكر البعض أن عدد مستعملى شبكة الإنترنت فى الولايات المتحدة الأمريكية وحدها يقدر بنحو ٦٢ مليوناً وذلك فى عام ١٩٩٧^(١٦) .

وتدور الفكرة الرئيسية للتجارة الإلكترونية حول تجميع البائعين فى معارض أو مراكز تجارية أو فترينات تجارية افتراضية :

des galeries marchandes ou des vitrines commerciales virtuelles (virtual malls).

وذلك من أجل عرض بضائعهم وخدماتهم على العملاء^(١٧) ، ويمكن تعريف المركز التجاري الافتراضي بأنه خدمة إلكترونية يتم الدخول إليها عبر شبكة الإنترنت ، ومفتوحة لكل مستعمليها ، وتسمح للتجار بعرض بضائعهم أو خدماتهم على العملاء من خلالها ،^(١٨) ..

وتنقسم المراكز التجارية الافتراضية إلى قسمين أولهما يمكن الدخول إليه دون حاجة لإجراءات معينة ولكنه يسمح لزائر الموقع بالاطلاع فقط بحيث يستطيع أن يتجول فيه من أجل التعرف على السلع والخدمات المعروضة دون أن يتمكن من شرائها ، ويتعين عليه لكي يتمكن من الشراء أن يدخل إلى القسم الثاني الذي لن يتمكن من الدخول إليه إلا بعد اتباع إجراءات معينة تستهدف التحقق من شخصية الزائر وتسجيله ، تتلخص في أن يذكر رقم بطاقته الائتمانية من أجل تيسير الوفاء كما يجب أن يتبنى توقيعاً رقمياً *signature digitale* ذو شفرة خاصة وذلك من أجل أن يعتمد *authentifier* التصرفات التي يبرمها ، وغنى عن البيان مدى حساسية هذه البيانات ولذلك فإن نقلها عبر الشبكة المفتوحة يكون محفوفاً بالمخاطر إلا إذا استعملت الشفرة في ذلك . فإذا تمت هذه الإجراءات استطاع الزائر لموقع التجارة الإلكترونية الدخول إلى صفحات البيع مختلف المحلات التجارية التي يتكون منها المركز التجاري وأن يتعاقد على المنتجات أو الخدمات التي يرغب فيها . ويجب عليه بعد ذلك أن يقدم نفسه مستخدماً الكود الخاص به كلما أراد الدخول إلى هذا المركز مع ملاحظة إنه إذا دخله فإنه يستطيع الدخول بحرية إلى المحلات المشاركة فيه دون حاجة للتحقق منه عدد دخوله كل منها . فإذا دخل الزائر أحد المحلات فإنه يجد نفسه أوتوماتيكياً أمام مجموعة من الصفحات التي تتضمن شروط التعاقد والتي لا يكون بوسعه سوى أن يقبلها أو أن يرفضها برمتها^(١٩) .

ويثير إبرام العقود عبر الإنترنت ، أو ما يسمى بصفة عامة - ومع شئ من التجاوز - بالتجارة الإلكترونية ، والتي يقصد بها بصفة عامة المعاملات المالية عبر شبكة الإنترنت سواء تمتعت بالصفة التجارية أم لا ، العديد من المشكلات القانونية^(٢٠) ، من الناحيتين النظرية والعملية ، على المستويين الوطني والدولي^(٢١) ، ومن ذلك مشكلة الإثبات^(٢٢) ، والوفاء^(٢٣) ، والملكية الفكرية^(٢٤) ، والجانب الجنائي^(٢٥) ، ومشكلة القانون واجب التطبيق^(٢٦) ، والجانب الضريبي^(٢٧) ، ومشاكل اقتصادية^(٢٨) ، واجتماعية وأخلاقية وثقافية متنوعة^(٢٩) .

هذا بالإضافة إلى ما يمكن أن يثيره التعاقد عبر الإنترنت من مشاكل بشأن العقود بصفة عامة مثل حماية المستهلك من الشروط التفسيرية^(٣٠) .

ويضاف إلى كل ما تقدم أن شبكة الإنترنت التي سيقم التعاقد من خلالها هي شبكة دولية مفتوحة ، وهو ما دفع البعض إلى التساؤل : هل الإنترنت منطقة بلا قانون ؟ أم على العكس هي منطقة تخضع للعديد من الأنظمة القانونية والقضائية وذلك لتعذر خضوعها لقانون واحد^(٣١) ؟ بل أن البعض الآخر يطرح عنواناً أكثر خطورة بشأن التجارة الإلكترونية وهو : التجارة الإلكترونية تبحث عن قانون^(٣٢) ، بل أن أهون ما قيل في هذا الشأن هو أن النظام القانوني لها مازال قيد الإعداد^(٣٣) ، وذلك نابع بطبيعة الحال من أنها تتضمن من المسائل ما لا تسعف في علاجه القواعد العامة بشأن العقود على المستوى الوطني ، كما أنها بحاجة إلى قواعد تحقق لها نوعاً من التنسيق على المستوى الدولي^(٣٤) ، وسوف يكون تحقيق الاطمئنان لهذا النوع من التجارة هو رائد هذه القواعد بطبيعة الحال والتي لن يكون القانون هو العامل الرئيسي فيها فقط بل والناحية التقنية أيضاً^(٣٥) .

ويلاحظ أن المشكلة في مصر ليست هي حماية المتعاقد عبر الإنترنت بقدر ما هي القصور في حماية المستهلك تجاه المهنيين بصفة عامة^(٣٦) ، وعدم وجود تنظيم قانوني لحماية المستهلك في حالة التعاقد عن بعد بصفة خاصة ، ولذلك فإن ما يطرحه التعاقد عبر الإنترنت في مصر ليس فقط حماية المتعاقد عبر الإنترنت بل حماية المستهلك في حالة التعاقد عن بعد ومن تطبيقاته التعاقد عبر الإنترنت^(٣٧) ، مع البحث عن النظام القانوني الذي يمكن أن يطبق على التعاقد عبر الإنترنت في ظل غياب التنظيم التشريعي وفي ظل تجربة عملية أقل ما يقال عنها أنها مازالت في المهد ، ومن هنا كان علينا أن نسلك الطريق المألوف للفقهاء المصريين وهو بحث المشكلة في الفقه الأجنبي وبصفة خاصة الفقه الفرنسي لنقف على أبعاد المسألة من خلال تطبيق أكثر عملاً وانتشاراً ، خاصة وأنه مهما كانت حداثة مسألة التعاقد عبر الإنترنت في فرنسا ، فإن تجربة القيام بالتعاقد عن طريق تبادل التعبير عن الإرادة بواسطة شبكة للاتصال عن بعد ليست فكرة حديثة فيها ، وعلى سبيل المثال فقد لعب التعاقد بواسطة الجهاز المسمى Minitel دوراً فعالاً في جعل هذه المسألة مألوفة من جانب المستهلكين ومن جانب المشروعات التي تقدم المنتجات أو الخدمات أيضاً^(٣٨) .

وإذا أردنا حصر المسألة في نطاق أكثر خصوصية ، أي في نطاق إبرام العقود عبر الإنترنت فسوف يواجهنا تساؤل رئيسي يتعين الإجابة عليه من خلال هذه الدراسة وهو : هل يمكن للقواعد العامة للعقد أن تتواءم مع عمليات التجارة الإلكترونية أم أنها سوف تكون في حاجة لقواعد خاصة تكفل تحقيق حد معين من الطمأنينة لأطراف العقد المبرم عبر الإنترنت ؟^(٣٩)

وكما سبق أن أشرنا فإننا سنتناول في دراستنا هذه مسألة انعقاد العقد عبر الإنترنت دون غيرها من المشكلات السابقة ، على أن نسبق ذلك بالضرورة بمحاولة لتعريف العقد الإلكتروني أو العقد المبرم عبر الإنترنت ويهمننا أن ننوه بداءة إلى أننا سنستعمل كثيراً مفردات قد تشير إلى أن العقد الذى نتحدث عن انعقاده عبر الإنترنت هو عقد البيع دون غيره من العقود ، ونؤكد هنا أننا نقصد التعاقد بصفة عامة وليس البيع فقط ، ولعل الدافع وراء ذلك هو أن عقد البيع عبر الإنترنت يستأثر بجانب لا يستهان به من مجمل العقود التى تبرم عبر الإنترنت ، وقد ذكر البعض على سبيل المثال عشرين عقداً يجوز إبرامها عبر الإنترنت^(٤١) .

المطلب الثاني

نظرة على العقود المتداولة عملاً

العقد النموذجي الفرنسي وعقود المراكز التجارية الافتراضية

لقد حرصت على أن تكون هذه الدراسة معبرة قدر الإمكان عن الواقع العملي بشأن العقود الإلكترونية ، فكان من الضروري الرجوع للعقود المتداولة في العمل ، وأهم ما صادفنا في هذا الشأن هو العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين ، وكذلك العقود الخاصة بالمراكز التجارية الافتراضية التي سنشير إليها خلال الدراسة^(٤١) .

ومن أجل تسهيل التعاقد عبر الإنترنت في فرنسا فقد تمت صياغة العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين^(٤٢) **contrat-type de commerce électronique** ، وتم اعتماده من مكتب غرفة التجارة والصناعة في باريس في ٣٠ أبريل ١٩٩٨ ومن اللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات الإلكترونية في ٤ مايو ١٩٩٨ ، وقد تمت صياغته ووضع نصوصه وفقاً لأحكام القانون الفرنسي بطبيعة الحال^(٤٣) ، وإن كان ذلك لا يحول دون إمكانية تطبيق القواعد الواردة به أمام إحدى المحاكم الأجنبية إذا رأى القاضى أن هذه القواعد الاتفاقية تحقق للمستهلك حماية أكثر من تلك التي يحقّتها له قانونه الوطني^(٤٤) .

وينبغي الإشارة هنا إلى أنه إذا كانت القواعد العامة للعقد قابلة للتطبيق على هذا العقد ، فإن هذه القواعد يجب أن تطوع بعض الشيء لكي لا تتصادم مع التقنية الحديثة فاللجوء إلى الأدوات المعلوماتية والوسائل الإلكترونية **le recours à L'instrument informatique et à la voie électronique** في التعاقد ، لابد أن يؤدي إلى استحداث بعض القواعد الخاصة التي يجب أن تحظى بالاهتمام الأكبر في هذا الشأن ، هذا بالإضافة إلى تطبيق بعض القواعد الخاصة الموجودة سلفاً والتي قد تنطبق على هذا التعاقد^(٤٥) .

تبقى ملاحظة تتعلق بالطريقة التي صيغ بها هذا العقد ، إذ تمت صياغة أحكامه في شقين يكمل كل منهما الآخر ، أحدهما يتضمن الشروط النموذجية **clauses-types** التي تتضمن القواعد

التي يخضع لها هذا العقد ، والآخري تمثل في شروح أو تعليقات **commentaires** تمثل دليلاً عملياً لتطبيق هذه الشروط النموذجية^(٤٦) .

أما عن العقود الخاصة بالمراكز التجارية الافتراضية فيلاحظ أن بناءها القانوني يتكون من جزأين **bipartite** في الغالب^(٤٧) ، فالصيغة المتداولة تتضمن الجمع بين شروط عامة تخضع لها كل البوتيكات أو المتاجر المشاركة في مركز تجاري افتراضي وشروط خاصة بكل بوتيك أو متجر^(٤٨) ، وهذه الصيغة هي التي يتبناها على سبيل المثال العقد الخاص بالمركز التجاري **Surf and buy d'IBM Europe** ، فتتضمن الشروط العامة لهذا العقد والتي تحمل عنوان «التزامات قانونية **Obligations légales**» ، على خضوع التعاقد مع العميل للوعين من الشروط ، فورد بها أنه «سيتم التعامل مع العميل وفقاً لهذه الشروط العامة للبيع والتي يجوز تكملتها بشروط خاصة بكل متجر مشارك **Partenaire** في هذا المركز ، ويجب أن يحترم المتجر المشارك الشروط التالية :

(١) أن يحدد بوضوح شخصيته ، وذلك بتحديد اسم الشركة وأرقام التليفون وعنوان مقرها^(٤٩) .

(٢) يجب تطبيقاً لأحكام القانون أن تكون العروض مفصلة بحيث تعرض بأمانة صفات المنتجات المعروضة من حيث الكم والكيف ، وبحيث تحيط العميل علماً بصفة خاصة بأبعاد المنتجات ووزنها وتسميتها وطبيعتها ودرجة جودتها ... كلما كان ذلك ممكناً ، ويجب أن تكون الصور الفوتوغرافية الإيضاحية أمينة ومتفقة مع حقيقة المنتج .

(٣) يجب على المتجر المشارك أن يحدد المدة التي يتوقع أن يستغرقها العميل من أجل العثور على قطع الغيار اللازمة لاستعمال المنتج في السوق .

(٤) يقدم العرض باللغة الفرنسية ، ويجوز أن يصاحبها ترجمة باللغة الإنجليزية إذا شاء المشارك ذلك بالنسبة للبوتيك الخاص به (مع ملاحظة أن بعض المصطلحات ليست قابلة للترجمة فيجوز ذكرها بلغتها الأصلية) .

(٥) يجب أن يحدد المتجر المشارك الأسعار للعميل بطريقة واضحة ، مصحوبة بوصف المنتج ، ويجب أن يذكر السعر بدون الضريبة وكذلك السعر شاملاً جميع الضرائب . ويجب أن يكون هذا السعر شاملاً للنفقات التسليم وأية نفقات أخرى إضافية لازمة لتنفيذ أمر الشراء **commande** باستثناء الضرائب التي يحتمل أن تقع على عاتق العميل عند استيراده للمنتجات .

(٦) يجب أن تكون المنتجات متاحة بناء على طلب العميل وذلك في الظروف العادية للمخزون الخاص بالمتجر .

(٧) يجب أن تذكر للعميل المواعيد المعتادة للتسليم .

(٨) يجب أن يذكر المتجر المشارك أية معلومة أخرى تتطلبها القوانين واللوائح السارية تفيد في إعلام المستهلك وذلك في النطاق الخاص به،^(٥٠) .

وبعد أن ألقينا هذه النظرة العملية ، فإننا سنتناول ببعض التفصيل أوجه الخصوصية في تعريف العقد الإلكتروني ثم انعقاده .

المبحث الأول

تعريف العقد الإلكتروني وتمييزه عن بعض العقود

المطلب الأول

تعريف العقد الإلكتروني^(٥١)

ينبغي أن نركز في تعريف العقد الإلكتروني على خصوصيته والتي تتمثل بصفة أساسية في الطريقة التي ينعقد بها ، كما لا ينبغي على أى حال أن نغفل صفة هامة من صفاته وهو أنه ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد .

الفرع الأول

تعريف العقد الإلكتروني في ضوء الطريقة التي ينعقد بها

يجب قبل أن نعرف العقد الإلكتروني أن نبدأ بتعريف التجارة الإلكترونية إذ أنها المجال الذي يظهر فيه هذا العقد ، ونؤكد هنا أن المقصود بالتجارة الإلكترونية هو جميع المعاملات التي تتم عبر الإنترنت حتى ولو لم تتمتع بالصفة التجارية وإن كان الغالب أن تتمتع بهذه الصفة من جانب مقدم السلعة أو الخدمة على الأقل والذي غالباً ما يكون تاجراً .

والتجارة الإلكترونية ليست بالبداية إلا نوعاً من التجارة ، ويلاحظ أن القانون الفرنسي لم يعرف هذا النشاط ولكنه عرف العمل التجارى فقط ، فالتجارة هي ممارسة العمل التجارى على وجه الاعتياد ، إذن فإن تكون التجارة الإلكترونية سوى ممارسة الأعمال التجارية التي نصت عليها المادة ٦٣٢ من تقنين التجارة بوسيلة إلكترونية على سبيل الاعتياد ، ومن ثم يمكن القول أن التجارة الإلكترونية لا تختلف كثيراً عن التجارة بصفة عامة من حيث مضمونها ومحترفيها ، أما وجه الخصوصية فيها فيتمثل في الحقيقة في وسائل مباشرتها ، وبصفة خاصة الطريقة التي تنعقد

بها العقود وطريقة تنفيذها^(٥٢) . وتعرف الوثائق الحكومية الأمريكية التجارة الإلكترونية بأنها «الاستعمال الأمثل لك أنواع تكنولوجيا الاتصالات المتاحة من أجل تنمية النشاط التجارى للمشروعات»^(٥٣) .

كما عرفت لها إحدى الدراسات المصرية بأنها «تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية فى السلع والخدمات التى تتم بين مشروع تجارى وآخر ، أو بين مشروع تجارى ومستهلك وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات»^(٥٤) .

ويبد لنا - سيراً مع ذات المنطق الذى عرفنا من خلاله التجارة الإلكترونية - أن خصوصية تعريف العقد الإلكتروني سوف تتركز حول العامل أو العنصر الإلكتروني فى هذا العقد ، ومعنى آخر حول الطريقة أو الوسيلة التى ينعقد بها هذا العقد^(٥٥) .

وأول ما يطالعنا بشأن الطريقة أو الوسيلة التى ينعقد بها هذا العقد أنه يتعين على المشترك من أجل إبرام العقد عبر شبكة الإنترنت أن يكون متصلاً بهذه الشبكة التى تتميز بوجهين أساسيين للخصوصية وهما أنها شبكة دولية ، كما أنها تعمل بفضل البنية التحتية للاتصالات عن بعد *Infrastructures des télécommunications* ، فيمكننا إذن أن نصف الإنترنت بأنها شبكة دولية للاتصالات عن بعد *réseau international de télécommunications*^(٥٦) .

ويمكن تعريف الاتصالات عن بعد وفقاً للمادة ١/٢ من التشريع الفرنسى الصادر فى ٣٠ ديسمبر ١٩٨٦ بشأن حرية الاتصالات بأنها «كل انتقال أو إرسال أو استقبال لرموز أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات أيا كانت طبيعتها ، بواسطة ألياف بصرية أو كهربية لاسلكية أو أية أنظمة إلكترومغناطيسية أخرى»^(٥٧) .

علاوة على ذلك ، فإن شبكة الإنترنت تتصف بأنها شبكة مفتوحة ، بمعنى أنه يسمح لأى شخص من الجمهور بالدخول إليها ، دون شروط سوى أن يكون متصلاً بها .

فالشبكة إذن هى وسيلة للاتصال عن بعد ، ولكن ، وعلى خلاف الهاتف على سبيل المثال ، بواسطة وسيلة سمعية بصرية *audiovisuel* وذلك بالمعنى الوارد بالمادة ٢/٢ من القانون الصادر فى ٣٠ سبتمبر ١٩٨٦ الخاص بحرية الاتصالات والتى تنص على أنه : «يقصد بالاتصال المسموع المرئى كل ما يوضع فى متناول الجمهور أو بعض طوائفه ، من رموز أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو رسائل من أى نوع دون أن يكون لها صفة المراسلة الخاصة وذلك بوسيلة من وسائل الاتصال عن بعد»^(٥٨) .

ونلاحظ أنه يمكن للعميل الذى يتصل بموقع التاجر دراسة العرض المقدم من هذا الأخير ، وطلب المعلومات التى يرغبها ، بل ويمكنه التجربة فى بعض الأحيان ، فتعرض بعض المواقع على سبيل المثال ملابس للبيع وتسمح بتجربتها على مانيكانات افتراضية *mannequins virtuels* ، وباختصار فلن يتخذ المستهلك موقفاً سلبياً *inactif* تجاه العرض ، فالتجارة الإلكترونية تسمح إذن بالتفاعل *Interactivité* بين التاجر والعميل^(٥٩) .

وفى ضوء كل ما سبق من أوجه للخصوصية فى الطريقة أو الوسيلة التى يتم من خلالها انعقاد العقد عبر الإنترنت يمكن أن نعرف العقد الإلكتروني أو عقد التجارة الإلكترونية أو العقد عبر الإنترنت بأنه «اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية ، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل»^(٦٠) .

وعدا ذلك فلا يختلف عقد التجارة الإلكترونية أو العقد الإلكتروني عن أى عقد ، فيجوز أن يرد على كل الأشياء والخدمات طالما أنها ليست خارجة عن التعامل ، أما عن أطرافه فهم أنفسهم فى أى تجارة أخرى : بائعون أو مقدمو خدمات ومشتررون أو مستهلكون ، كما قد تتم هذه العقود بين المشروعات *Inter-entreprises* الخاصة أو العامة كما قد تكون عقوداً بين الأفراد^(٦١) .

الفرع الثانى

العقد الإلكتروني هو نوع خاص من العقود عن بعد

لا جدال فى أن العقد الإلكتروني يتم عن بعد ، وهو بذلك ينتمى لطائفة العقود عن بعد^(٦٢) ، ومن ثم يجب أن يحترم القواعد الخاصة بها^(٦٣) ، وبصفة خاصة تلك الخاصة بحماية المستهلك إذا انعقد العقد بين مهنى وبين طرف ثان لا يتعاقد فى نطاق نشاطه المهنى .

وفى الواقع ، فإن وضع قواعد خاصة بحماية المستهلك فى العقود التى تبرم عن بعد تنبع من طبيعة هذه العقود التى تؤدى بالبداية إلى اختلاف أحكامها عن تلك العقود التى تبرم بين حاضرين^(٦٤) ، فالأمر يكون بسيطاً عندما يكون التعاقد بين حاضرين ولا يكون كذلك بالنسبة للتعاملات عن بعد ومن بينها العقود الإلكترونية ، فعندما يتم التعاقد تحت أعين المتعاقدين فإن ذلك يذلل الكثير من الصعاب فالحضور المادى للأطراف يسمح لكل منهم بالتحقق من شخصية الآخر وتاريخ وساعة التعاقد ومن سلامة المستندات وبأن التراضى قد تم وذلك بتلقى كل منهما للتعبير عن

الإرادة الصادر من الآخر ، كما يسمح هذا الحضور المادى بضمان بعض المسائل القانونية وأهمها أن كل من الطرفين يستطيع :

- (١) التحقق من أهية الطرف الآخر وصفته فى التعاقد .
 - (٢) التحقق من تلاقى الإرادتين إذ يتم ذلك بشكل متعاصر حيث يصدر الإيجاب من أحدهما يتبعه القبول من الآخر .
 - (٣) التحقق من تاريخ التصرفات والمستندات .
 - (٤) الإعداد المسبق لأدلة الإثبات .
 - (٥) التحقق من مكان إبرام التصرفات وتحرير المستندات .
 - (٦) اعتماد مجموع هذه العناصر وذلك بتوقيع المتعاقدين .
- أما تبادل التعبير عن الإرادتين عن طريق الإنترنت فهو يتم عن بعد أى مع الغياب المادى للمتعاقدين ولذلك فإنه يثير الشك بالنسبة للعناصر السابقة :

- (١) فلن يسمح للمتعاقد من التحقق بعينه من أهلية وصفة المتعاقد الآخر .
- (٢) سيثور الشك بشأن تلاقى الإرادتين وذلك لعدم تعاصرها ، فهناك مدة زمنية تنقضى بين الإيجاب والقبول^(٦٥) .
- (٣) كما ستثور مشكلة فيما يتعلق بتحديد وقت انعقاد العقد .
- (٤) قد لا يتوافر اليقين الكافى بشأن أدلة الإثبات التى تعد مسبقاً وذلك طالما أنه لم يتم تبادل المستندات يدأ بيد .
- (٥) ستثور مشكلة بشأن مكان انعقاد العقد ، وهل انعقد فى موطن الموجب أم فى موطن المقابل .
- (٦) ولن تكون توقيعات الأطراف متعاصرة بطبيعة الحال .

ويضاف إلى ما سبق عنصر آخر فى غاية الأهمية فى نظرنا يبرر إفراة العقود عن بعد بأحكام خاصة وهو أن المستهلك لن يكون بوسعه الحكم الدقيق على المنتج الذى يتعاقد عليه ، وذلك

مهما بلغ وصف البائع لها من دقة وأمانة ، وهو ما يبرر بصفة خاصة التركيز على إعطاء المستهلك رخصة الرجوع فى العقد خلال مدة معينة تحسب عادة من تاريخ تسلمه للمنتج الذى تعاقد عليه^(٦٦) .

ويبدو أن كل هذه التساؤلات والمشكلات قد سبق طرحها بشأن بعض وسائل البيع عن بعد مثل الخدمة المسماة Minitel ، كما يضاف إليها المزيد بالنسبة للإنترنت أخذاً فى الاعتبار البعد العالمى لهذه الشبكة^(٦٧) .

ويترتب على اعتبار العقد المبرم عبر الإنترنت من العقود المبرمة عن بعد بعض الآثار الهامة نخص منها بالذكر أن المستهلك يتمتع فى حالة العقود التى تبرم عن بعد بحق أو رخصة الرجوع **droit de rétractation** فى العقد ، وهو الحل الذى تبناه المشرع الفرنسى وكذلك التوجيه الأوروبى الصادر فى عام ١٩٩٧ والخاص بالعقود عن بعد : فتتضمن المادة 16-121 L من تقنين الاستهلاك على أنه ويجوز للمشتري فى كل عمليات البيع عن بعد إرجاع المنتج إلى البائع من أجل استبداله أو استرداد ثمنه فى مدة سبعة أيام كاملة محسوبة من تاريخ تسليم طلبه ، وذلك دون أية جزاءات باستثناء نفقات الإرجاع . فإذا صاف أن كان اليوم الأخير منها السبت أو الأحد أو يوم عطلة أو إضراب عن العمل ، فإنها تمتد إلى أول يوم عمل يليه ، كما تبلى التوجيه الأوروبى الصادر فى ١٩٩٧ والخاص بحماية المستهلكين فى العقود عن بعد فى مادته السادسة حلا مماثلاً وذلك باعترافه بحق الرجوع^(٦٨) ، وبذلك لن يجوز للمهنيين الأوروبيين إنكاره على المستهلكين^(٦٩) .

المطلب الثاني

تمييز العقد الإلكتروني عن بعض العقود

لقد ظهر بوضوح أن الوسيلة أو الطريقة التي ينعقد بها العقد الإلكتروني تمثل أهم وجه لخصوصيته ، كما اتضح لنا أنه ينتمي لطائفة العقود التي تبرم عن بعد ، ومن ثم وجب علينا أن نميز هذا العقد عن غيره من العقود التي لا تنعقد بذات الطريقة التي ينعقد بها ومن ذلك مثلاً عقد البيع التقليدي ، وكذلك عن غيره من العقود التي تبرم عن بعد ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن عقد التجارة الإلكترونية أو العقد الإلكتروني ليس هو العقد الوحيد الذي يظهر لنا بمناسبة التعاقد عبر الإنترنت أو في البنية الإلكترونية بصفة عامة ، بل تظهر لنا بعض العقود الأخرى التي تحيط به أو التي تلزم لوجوده بمعنى أدق وهو ما سنتناوله تباعاً .

الفرع الأول

تمييز العقد الإلكتروني عن بعض العقود بالنظر

إلى طريقة التعاقد وعن غيره من العقود عن بعد^(٧٠)

رغم أننا قد استطعنا تعريف العقد الإلكتروني أو عقد التجارة الإلكترونية محددين ما به من خصوصية ، إلا أنه وطالما أنه لم يخضع لتنظيم خاص به عن غيره من العقود حتى الآن ، فقد يحدث أن يختلط بها ، ولذلك وجب علينا أن نميزه عنها ، ونكرر هنا الملاحظة التي سبق أن أبديناها وهي أننا - وتأثراً بأغلب الفقهاء الفرنسيين الذين تناولوا هذا الموضوع - قد نستعمل بعض المفردات التي قد توحى بأن العقد الإلكتروني هو عقد بيع فقط ، نظراً لأنه يحتل المركز الرئيسي من بين العقود التي تبرم عبر الإنترنت ، إلا أنه ينبغي أن يكون مفهوماً أن ما سنقوله بشأن عقد البيع يسرى على غيره من العقود التي تبرم عبر الإنترنت .

ونبدأ بتمييز العقد الإلكتروني عن عقد البيع التقليدي *contrat de vente traditionnel* ، والذي عرفته المادة ١٥٨٢ من التقنين المدني الفرنسي بأنه «عقد بمقتضاه يلتزم شخص بتسليم

شئ إلى شخص آخر يدفع له ثمنه،^(٧١) ، أو هو كما عرفته على نحو أدق المادة ٤١٨ من القانون المدني المصري بأنه «عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شئ أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي»^(٧٢) . ويتميز هذا العقد بأنه من العقود التبادلية ، وهو عقد رضائي ، ناقل للملكية ، ومن عقود المعاوضة^(٧٣) ، وفيه يكون كل المتعاقدين حاضراً في مواجهة الآخر عند تبادل التعبير عن الإرادتين ، أما عن الوقت الذي ينعقد فيه فإنه ينعقد عند تبادل التعبير عن الإرادتين على الثمن والشئ المبيع ، مع ملاحظة أن العقد ينعقد بتلاقي الإرادتين حتى ولو لم يكن الشئ قد سلم بعد ، ومن الواضح إذن أن العقد الإلكتروني ليس عقد بيع تقليدي إذ يتسم الأخير يتسم بصفة رئيسية هي المواجهة بين المتعاقدين ، اللذان يكونان حاضرين عند تبادل التعبير عن الإرادتين ، في حين يتسم العقد الإلكتروني ببعد الطرفين وانفصالهما عن بعضهما البعض *la distance séparant des parties* .

أما عقد البيع عن بعد *contrat de vente à distance*^(٧٤) ، فيمكن تعريفه بأنه «عقد يتعلق بتقديم منتج أو خدمة ينعقد بمبادرة من المورد ، دون حضور مادي متعاصر للمورد والمستهلك ، وباستخدام تقنية للاتصال عن بعد من أجل نقل عرض المورد وأمر الشراء من المستهلك»^(٧٥) ، ويتسم خصائصه بعدم الحضور المادي المتعاصر للمتعاقدين وينتقل فيه الإيجاب عن بعد بوسائل مختلفة مثل إرسال كتالوج أو بالتليفون أو بالتلفزيون ، أو وسيلة اتصال مرئية *vidéotex* أو مسموعة *audiotex* ، كما ينتقل أمر الشراء من المشتري *la commande* هو الآخر عن بعد بواسطة وسيلة اتصال عن بعد .

ويبدو من التعريف السابق للعقود عن بعد أنها تتنوع تنوعاً كبيراً وفقاً للوسيلة التي تتم بها ومن أهم صورها التعاقد عن طريق التلفزيون والمسمى في القانون الفرنسي *contrat de vente par téléachat* المنظم بالقانون الصادر في ٦ يناير ١٩٨٨ ومرسوم ١ سبتمبر ١٩٩٢ ، وقد أكد القانون المذكور^(٧٦) ، خضوعه لقواعد حماية المستهلك الخاصة بالبيع عن بعد وخاصة حقه في الرجوع في العقد^(٧٧) ، ولما كانت التجارة الإلكترونية تباشر بوسيلة مسموعة مرئية كما تتميز أيضاً بأن الوصول إلى الإيجاب متاح للكافة دون تمييز ، فيجوز من هذا المنظور أن يقترب العقد الإلكتروني من عقد البيع بواسطة التلفزيون *téléachat* سالف الذكر ، إلا أنه ينبغي التنويه إلى عنصر هام في العقد الأخير وهو أن البث يتم من جانب واحد ، فلا توجد إمكانية للتجاوب أو لأية مبادرة من جانب العميل وذلك على عكس عقد التجارة الإلكترونية التي تتصف بصفة التفاعلية من جانب العميل بحيث يكون هناك نوع من التبادل بين الطرفين^(٧٨) .

أما عقد البيع في الموطن *Contrat de vente à domicile*^(٧٩) ، أما ما يسمى بالسعي لإبرام العقود *démarchage* ، فهو طريقة من طرق البيع تتمثل في دعوة من جانب المهني لمقابلة المستهلك من أجل أن يقترح عليه بيع أو إيجار شئ أو تقديم خدمة^(٨٠) ، ويمكن أن يتم بطريقتين

الأولى ينتقل فيها التاجر إلى موطن المستهلك في مسكنه أو في مكان عمله ، والثانية ينتقل فيها المستهلك لمقابلة التاجر في مكان ليس مخصصاً لتجارة الأموال أو الخدمات المعروضة ، ويتمتع فيه المستهلك أيضاً بالحق في الرجوع في العقد مع خلاف في بعض التفاصيل مع البيع عن بعد .

وقد يحدث الخلط بين العقد الإلكتروني وبين السعي لإبرام العقود إذا تم هذا الأخير بواسطة التليفون ، ولما كان من الغالب أن يكون الإيجاب في العقد الإلكتروني عاماً ، فيمكن إذن أن نميزه عن السعي لإبرام العقود بواسطة التليفون والذي يتطلب اتصالاً خاصاً **correspondance privé** بحيث يكون الإيجاب موجهاً لشخص معين ، كما تختلف المبادرة إلى التعاقد بين هذين العقدين ، ففي حالة السعي لإبرام العقود في الموطن بواسطة التليفون تأتي المبادرة من البائع الذي يقوم بعمل إيجابي بالاتصال بالمشتري المحتمل ، في حين أن الاتصال يأتي غالباً من قبل العميل في حالة العقد الإلكتروني أو عقد التجارة الإلكترونية^(٨١) .

ويمكن القول بصفة عامة أنه على الرغم من انتماء العقد المبرم عبر الإنترنت للعقود عن بعد فإن له بعض السمات الخاصة التي سترتب عليها بالبداهة بعض النتائج القانونية ، فيقتضى تعريف العقد الذي يبرم عن بعد ألا يكون هناك حضور مادي معاصر **présence physique simultanée** للمتعاقدين ، وعلى العكس بالنسبة للإنترنت فإن صفة التفاعلية في هذه الشبكة تسمح بحضور افتراضي معاصر ، **présence virtuelle simultanée** كما تسمح صفة التفاعلية بتسليم بعض الأشياء وأداء بعض الخدمات فوراً على الشبكة (مثل الحصول على معلومات معينة أو برامج كمبيوتر) ، كما تسمح من ناحية أخرى بالوفاء على الخط أو الشبكة الذي يمكن أن يكون فوراً أيضاً . وهكذا يمكن أن نلاحظ وفقاً للنصوص التشريعية ، أن فكرة البعد **la notion de distance** تتضمن دائماً تصوراً زمنياً **une notion temporelle** ، إذ يكون هناك تصرف مرجأ **une action différée** وبصفة خاصة الفارق الزمني بين الإيجاب والقبول ، فهناك دائماً فكرة الحدين **binôme** أى الحدين الزمنيين ، والتي يمكن التخلي عنها في حالة التجارة الإلكترونية . وأن محلها فكرة المعاصرة **temps réel** وهي سمة خاصة بشبكة الإنترنت يجب أن تؤخذ في الاعتبار من الناحية القانونية^(٨٢) .

والخلاصة إنه إذا كان عقد التجارة الإلكترونية يستلهم الأحكام الخاصة بالعقد المبرم عن بعد ، فإنه يجب أن يخضع أيضاً لبعض الأحكام المغايرة التي تأخذ في الاعتبار الخصوصية السابقة^(٨٣) ، ولكن لا ينبغي أن تؤدي هذه الخصوصية إلى التشكيك في اعتباره من العقود التي تبرم عن بعد ، فهما قلنا عن معاصرة الإيجاب للقبول من الناحية الزمنية ، فإن البعد المكاني بين الموجب والمقابل يظل واقعاً مؤثراً لا يجوز إنكاره وخاصة فيما يتعلق بمسألة التحقق من أهلية المتعاقد وصفته في التعاقد وكذلك فيما يتعلق بعدم رؤية المستهلك للسلعة بعينه وهو ما يستدعي أحكام التعاقد عن بعد لتطبيق على التعاقد عبر الإنترنت .

الفرع الثانى

تميز عقد التجارة الإلكترونية عن العقود المحيطة به فى البيئة الإلكترونية واللازمة لتحقيقه

يمكننا تقسيم عقود التجارة الإلكترونية من وجوه متعددة ، ومن أهم هذه التقسيمات ذلك الذى يأخذ فى الاعتبار مدى ارتباط تنفيذ العقد بالشبكة نفسها ، فهناك من العقود الإلكترونية ما ينفذ على الشبكة نفسها وذلك عندما يكون محلها غير مادي ومتاح على الخط أو على الشبكة نفسها : مثل الحصول على معلومات أو برامج أخرى ومنها ما يتم تنفيذه خارج الشبكة فى العالم المادى أو الملموس *le monde physique* والتي يكون محلها سلع أو خدمات مختلفة ، وفى الحالة الأولى فإن العقد يكون قد تم بكامله على الخط أو على الشبكة خاصة إذا تم الوفاء أيضاً من خلالها ، أما فى الحالة الثانية فإن الشبكة لا تكون سوى وسيلة جديدة للتعاقد^(٨٤) .

وكذلك يمكن تقسيم هذه العقود ، كما فى عقود التجارة العادية إلى عقود تتعقد مع المستهلكين ، وأخرى تتم بين المهنيين^(٨٥) . ولن يفيدنا فى هذه الدراسة أن نستغرق كثيراً فى هذه التقسيمات إذ أن الحديث فى مسألة التعاقد فى نطاق التجارة الإلكترونية يطلو على قدر كبير من التنوع^(٨٦) ، ولكن يهمنا أكثر أن نشير إلى طائفة من العقود التى تبرم بسبب التجارة الإلكترونية ومن أجل تحقيقها دون أن تكون التجارة الإلكترونية محلاً لها ، وسوف نتناول هنا بإيجاز هذه الطائفة من العقود المرتبطة بالعقد الإلكتروني واللازمة لوجوده فى الغالب .

أولاً - عقد الدخول إلى الشبكة *Le contrat d'accès au réseau*^(٨٧) :

عقد الدخول إلى الشبكة هو العقد الذى يحقق الدخول إلى شبكة الإنترنت من الناحية الفنية ، ويمقتضى هذا العقد يتيح مقدم خدمة الدخول إلى الإنترنت للعميل الوسائل التى تمكنه من الدخول إلى الشبكة ، وأهمها برنامج الاتصال *connexion* الذى يحقق الاتصال بين جهاز الكمبيوتر والشبكة ، كما قد يقدم أيضاً - وهو فرض نادر - الأدوات اللازمة لذلك مثل جهاز المودم ، كما يقوم المورد ببعض الخطوات الفنية الضرورية لتسجيل العميل الجديد مقابل استيفاء الرسوم المسماة برسوم الإدارة أو الملف منه . كما يعرض المورد على عميله فى الغالب خدمة المساعدة الفنية المسماة بالخط الساخن *hot line* والتى تستهدف حل المشكلات الفنية التى قد يواجهها المستخدم الجديد للإنترنت عن طريق التليفون^(٨٨) .

ورغم أن خدمة المساعدة الفنية المسماة بالخط الساخن **hot line** لا تدخل في نطاق العقد الإلكتروني بالمعنى الذي حددناه إلا أن أهميتها وضرورتها لحسن سير العمليات الخاصة بالتجارة الإلكترونية ومنها إبرام العقد الإلكتروني ، تفرض علينا أن نذكر بإيجاز بعض الأحكام الخاصة بها، والملاحظ من التجربة العملية أن خدمة الخط الساخن أو المساعدة التليفونية قد تطورت بازدياد وبصفة خاصة في تجارة المنتجات ذات التقنية العالية ، كما هو الحال في العقود التي تتم بكاملها على الخط أو الشبكة ، ويتولى المشروع الذي يبيع منتجاً أو يقدم خدمة معينة تقديم هذه المساعدة الفنية ، كما يجوز أن يتولاها الغير لحساب هذا المشروع^(٨٩) .

ويجب هنا التنبية إلى ما قد يتصوره البعض من أن تقديم هذه المساعدة يقع خارج النطاق العقدي بحيث يكون فتح الخط الساخن مجرد خدمة يعلن عنها المشروع ويحدد بمفرده نطاقها ضيقاً واتساعاً ، وبحيث لا ينشئ التعهد بها التزاماً معيناً يترتب على عدم تنفيذه قيام مسؤولية المشروع إلا على نحو استثنائي وعلى أساس قواعد المسؤولية التقصيرية فقط ، فخدمة المساعدة الفنية المسماة بالخط الساخن تدخل في الإطار العقدي باعتبارها عنصراً في العقد الرئيسي ، أو على الأقل باعتبارها محلاً لعقد خاص ، وإذا كان الأمر كذلك ، فمن المتصور قيام المسؤولية العقدية للمشروع الذي يقدمها وفقاً لما اتفق عليه في هذا العقد في حالة الإخلال بها ، كما أن إخضاع هذه الخدمة للتنظيم العقدي يعنى أن من يتعهد بالمساعدة التليفونية يجب أن يقوم بها بالطريقة المناسبة بقدر الإمكان ، ومن خلال شروط تلزمه بالتزامات محددة^(٩٠) .

وبناء على ذلك يمكن إيجاز أهم التزامات المشروع الذي يقدم خدمة الخط الساخن في التزامه بأن يحدد للعميل الوقت الذي يجوز له فيه الدخول إلى الخط الساخن والوقت المحدد للرد عليه ويتجديد اللغة أو اللغات التي تقدم بها هذه الخدمة ، وتحديد خدمات المساعدة الفنية التي يلتزم بتقديمها أو تلك التي لن يلتزم بتقديمها ، وتحديد متوسط المدة القصوى المخصصة لحل المشاكل التي يطرحها العميل^(٩١) .

أما عن العميل ، فنشير إلى أنه يلتزم في عقد الدخول إلى الإنترنت بالتزام رئيسي هو سداد مبلغ معين يسمى بالاشتراك وذلك في مقابل الدخول لمدة محددة أو غير محددة لجميع الخدمات التي تقدم على شبكة الإنترنت أو بعضها^(٩٢) .

وجدير بالذكر أن المجلس الوطني للاستهلاك في فرنسا **CNC** قد أشار في تقرير حديث له ، إلى بعض أوجه القصور في هذه العقود وبصفة خاصة في عبارات إعلام المستهلك ، وأوصى بأنه

يتعين على المورد بصفة عامة أن يعلم العميل بمدى كفاءة الخطوط المستعملة ، ويعدد المشتركين لديه كمؤشر على كفاءة عنصر الاتصال بالعملاء لديه ، كما يجب أن يعلمه بالبرامج المقدمة ومدى حداثةها ، وأن يقدم لعميل البرامج اللازمة للتوافق بين خدمات الشبكة وبين الأجهزة التي يستخدمها ، كما عليه أن يقدم له ، ودون أية نفقات إضافية عداً للوقت في الحالة التي تتم فيها محاسبته بالمدة^(٩٣) .

ثانياً - عقد الإيجار المعلوماتي^(٩٤) :

عقد الإيجار المعلوماتي هو عقد من عقود تقديم الخدمات بمقتضاه يضع مقدم الخدمة تحت تصرف المشترك بعض إمكانات أجهزته أو أدواته المعلوماتية ، ويتمثل ذلك غالباً في إتاحة انتفاعه بمساحة على القرص الصلب بأحد أجهزة الكمبيوتر الخاصة به على نحو معين .

ومثال ذلك أن يتيح مقدم الخدمة المعلوماتية للمشارك إمكانية أن يكون له عنوان بريد إلكتروني لديه ، فيخصص له حيزاً على القرص الصلب لجهاز الكمبيوتر المملوك له والمتصل بشبكة الإنترنت من أجل صندوق خطاباته الإلكتروني ، ويدخل في هذا النوع من تقديم الخدمات أيضاً توفير المورد موقع Web لأحد العملاء من خلال جهاز الكمبيوتر المملوك له والمتصل بشبكة الإنترنت بحيث يتمكن من التعامل بشأن هذا الموقع من خلال هذا الجهاز .

ويرى البعض تكيف هذا العقد بأنه عقد إيجار أشياء *louage de choses* مما تنظمه المادة ١٧١٣ وما بعدها من القانون المدني الفرنسي وذلك طالما أن مقدم الخدمة يسمح لعميله بالانتفاع بأجهزته مع احتفاظه بملكيتها ويتنازل له عن حيازته لبعض الإمكانات التي تتيحها هذه الأجهزة ، وطالما أن ما يقدمه من خدمات فنية يعد ذا صفة تبعية بالنسبة للانتفاع بهذه الأجهزة^(٩٥) .

ويترتب على الأخذ بهذا التكيف نتيجة هامة بشأن مسؤولية مقدم هذه الخدمة عما قد يسببه استعمال العميل لأجهزته على نحو يضر بالغير ، والراجح أنها تتحدد بالقدر الذي يتخلى فيه عن حيازته لإمكانات أجهزته ، فإذا وصل ذلك إلى الحد الذي يمكن معه اعتبار أنها قد خرجت من تحت حراسته ، فإنه لا يكون مسؤولاً عن الاستعمال الذي يقوم به المشترك وذلك بالقدر الذي يثبت فيه أن مقدم الخدمة لم يشارك ولم يعلم بما قام به المشترك^(٩٦) . ولا يخرج ذلك عن القواعد العامة المقررة بشأن مسؤولية حارس الأشياء^(٩٧) .

ثالثاً - عقد إنشاء المتجر الافتراضى La réalisation de la boutique virtuelle^(١٨) :

ويطلق البعض على هذا العقد الذى يحقق إنشاء المتجر الافتراضى عقد المشاركة **Le contrat de participation** ، وذلك لأنه العقد الذى بمقتضاه يصبح المتجر أو البوتيك الافتراضى مشاركاً **partenaire** فى المركز التجارى الافتراضى ، الذى يجمع العديد من التجار تحت عنوان واحد وهو بذلك يماثل المركز التجارى التقليدى الذى يجمع العديد من التجار فى مكان واحد^(١٩) .

وينظم هذا العقد بطبيعة الحال الالتزامين الرئيسيين فيه وهما التزام المركز التجارى بفتح المتجر الخاص بالمشارك على شبكة الإنترنت ، وما يتضمنه ذلك من الترخيص له باستخدام برنامج متخصص يسمح له بمباشرة التجارة عبر شبكة الإنترنت ، والتزام المشارك بالمقابل المالى لذلك ، كما يتضمن هذا العقد بعض الأحكام التى تستهدف تنظيم مسؤولية طرفيه بشأن بعض المسائل مثل ضرورة احترام التشريعات السارية التى تتعلق بهذه الأنشطة ، واحترام المتجر الافتراضى للشروط العامة للمركز التجارى الافتراضى مع مراعاة وجود بعض الشروط الخاصة بالمتجر ، وبشأن الرقابة على محتويات المتجر ، وضمان احترام الطرفين للأعراف التجارية ، وتنظيم إبرام العقود اللازمة مع الغير مثل الترخيص للمتجر من إحدى شركات البرامج باستخدام برنامج معين للوفاء على سبيل المثال^(٢٠) .

ويرى البعض تكيف هذا العقد بأنه عقد تقديم خدمات يدخل فى نطاق عقد المقاوله **entreprise ou louage d'ouvrage** الذى تعرفه المادة ١٧١٠ من التقنين المدنى الفرنسى بأنه «عقد بمقتضاه يلتزم أحد الأطراف بالقيام بعمل لحساب الآخر بمقابل يتفقان عليه»^(٢١) ، وهو الرأى الذى لا يتعارض مع ما هو مقرر بشأن عقد المقاوله بصفة عامة^(٢٢) .

المبحث الثانى

انعقاد العقد الإلكتروني^(١٠٣)

لقد اتضح من الجزء السابق من دراستنا هذه أن الحديث بشأن التجارة الإلكترونية يطرح أمامنا العديد من العقود ، من ضمنها العقد الإلكتروني أو عقد التجارة الإلكترونية ، ومن الواضح أن هذا العقد الأخير الذى يبرم عبر الإنترنت يصلح كأداة لإبرام معظم العقود التى يمكن إبرامها فى العالم الحقيقى أى خارج الشبكة ، ولذلك لا ينبغى لمن يتدحّث فى التعاقد عبر الإنترنت أن يورط نفسه فى كتابة مطول حقيقى للعقود يتناول فيه انعقاد جميع هذه العقود عبر الإنترنت ، فلن يكون لذلك سوى فائدة محدودة ، ولذلك فإن ما ينبغى أن نتناوله هنا هو بعض أوجه الخصوصية التى يتعين على الأطراف أخذها فى الاعتبار عند إبرام مثل هذه العقود^(١٠٤) ، فلا جدال فى أن التعاقد عبر الإنترنت يخضع للقواعد العامة بشأن العقود ما لم تؤد خصوصية هذا النوع من التعاقد إلى الحاجة لبعض القواعد الخاصة^(١٠٥) ، ولا يبدو أن الفقه قد وجد شيئاً من الخصوصية بالنسبة لركن السبب فى العقد المبرم عبر الإنترنت^(١٠٦) ، ولذلك فإننا سنتناول ببعض التفصيل ركنى التراضى والمحل فى العقد الإلكتروني أو العقد المبرم عبر الإنترنت أو عقد التجارة الإلكترونية .

المطلب الأول التراضى فى العقد الإلكتروني الفرع الأول وجود التراضى

الموضوع الأول : الإيجاب فى العقد الإلكتروني^(١٠٧)

يعرف الإيجاب بصفة عامة بأنه عرض جازم وكامل للتعاقد وفقاً لشروط معينة يوجهه شخص إلى شخص معين أو إلى أشخاص غير معينين بذواتهم أو للكافة^(١٠٨) .

ويطلب وفقاً للقواعد العامة أن يكون الإيجاب جازماً بمعنى أن يعبر عن إرادة مصممة وعازمة نهائياً على إبرام العقد إذا ما صادف الإيجاب قبولاً ومن ثم فلا يعد إيجاباً مجرد الدعوة إلى التفاوض أو الإعلان حتى ولو تضمن كافة العناصر الرئيسية للعقد ، كما يجب أن يكون محدداً وكاملاً وذلك بأن يتضمن كافة العناصر الأساسية اللازمة للعقد المراد إبرامه ، ومثال ذلك تحديد المبيع والثمن فى عقد البيع ، كما يجب أن يتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه^(١٠٩) .

ولما كان العقد الذى ينعقد فى إطار التجارة الإلكترونية يندرج من الناحية التشريعية فى طائفة العقود التى تبرم عن بعد ، فإن تعريف الإيجاب فيه يجب أن يتم فى ظل تعريف الإيجاب فى هذه العقود^(١١٠) .

ويعرف التوجيه الأوروبى الخاص بحماية المستهلكين فى العقود المبرمة عن بعد ، الإيجاب فى هذه العقود بأنه وكل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة ، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان^(١١١) .

والآن يتعين علينا أن نركز على أوجه الخصوصية فى الإيجاب فى العقد الإلكتروني أو ما يسميه البعض بالإيجاب الإلكتروني^(١١٢) ، ومن أهمها أن التعبير عن الإيجاب يتم من خلال شبكة

عالمية للاتصالات عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية ، وتسمح هذه الوسيلة لمن يصدر عنه الإيجاب باستخدام وسائل الإيضاح البياني أكثر ملائمة بالنسبة لأنواع معينة من البيوع ، ولا يبدو أن استخدام مثل هذه الوسائل قد يثير مشكلة في حد ذاته ، إذ يكفي أن يحترم الإيجاب مقتضيات الشفافية والوضوح التي يفرضها تقنين الاستهلاك لكي لا يعد إيجاباً مضللاً وفقاً للقانون الفرنسى ، فينبغى على سبيل المثال أن تعبر صورة الشيء المعروض للبيع تعبيراً أميناً عن هذا الشيء ، وهو الشرط الذى تسمح بتحقيقه فى الوقت الحالى تقنية الصور ثلاثية الأبعاد 3 D دون أية صعوبة .

وسوف نتناول فيما يلى بعض المسائل التى تبدو فيها خصوصية الإيجاب فى العقد الإلكتروني وما يقتضيه ذلك من خروج فى بعض الأحيان عما هو مستقر فى القواعد العامة :

أولاً - الالتفاف حول الطابع الجازم للإيجاب تحقيقاً لأغراض معينة :

يحقق الإيجاب الذى يتم بواسطة البريد الإلكتروني ميزة استهداف العرض لأشخاص معينين وذلك فى الحالة التى يرغب فيها التاجر أن يخص بالإيجاب الأشخاص الذين يرى أنهم قد يهتمون بمنتجه دون غيرهم من أفراد الجمهور ، فيجوز أن نشبهه إذن بالسعى لإبرام العقود بواسطة البريد ، طالما أن التاجر يرسل رسالته الإلكترونية إلى صناديق البريد الإلكترونية الخاصة بهم . أما المرسل إليه فسيعلم بهذا العرض عندما يفتح صندوق خطابه الإلكتروني ، واعتباراً من هذه اللحظة فقط تبدأ فعالية الإيجاب ، بحيث يكون للمرسل له الحرية فى قبول العرض برسالة إلكترونية من جانبه^(١١٣) .

وهكذا تسمح تقنية البريد الإلكتروني بالعلم بسهولة بالعروض التعاقدية ، كما تسمح بتحقيق الشروط التى تتطلبها التشريعات المختلفة فى الإيجاب دون صعوبة كبيرة ، وهكذا ينبغى أن تحرر الرسالة الإلكترونية على النحو الذى يجعلها بمثابة الإيجاب وهو ما لن يتحقق إلا إذا تضمنت جميع الالتزامات التى سيتم الالتزام بها ، أيا كان عدد من سيقبلون هذا الإيجاب ، ولكن ، وعلى العكس من ذلك ، يلاحظ من الناحية العملية ، أن التاجر يحرص على ألا يلتزم إلى حد بعيد وذلك لكي يعتبر العرض المقدم منه مجرد إعلان لا يكفي لانعقاد العقد إذا قبله من وجه إليه وهو ما يعطيه فرصة للتراجع تحسباً لظروف معينة مثل نفاذ مخزونه فى وقت معين والذى يحتمل أن يصيبه ببعض الضرر^(١١٤) .

هذا عن الحالة التى يرغب فيها التاجر فى توجيه الإيجاب لأشخاص معينين ، وعلى العكس ، يصادفنا كثيراً بعض المواقع على الإنترنت التى تعرض منتجات وخدمات على صفحات الويب Web الخاصة بها ،

وفى هذه الحالة فإن العميل المحتمل لم يحدد بعينه فيكون الإيجاب عاماً^(١١٥) ، ويكون لمستعمل الشبكة الحرية فى الرد على الإيجاب وفى التعاقد ، وذلك بإرسال حد أدنى من البيانات ويصفه خاصة تلك التى تحدد شخصيته إضافة لبعض البيانات المصرفية بهدف الوفاء بطبيعة الحال^(١١٦) .

ولكن قد تثور فى حالة الإيجاب العام مشكلة مدى يسار العميل الذى يكون مجهولاً عند صدور الإيجاب، وكذلك مشكلة نفاذ المخزون إذا قبل العرض عدد كبير من مستعملى الشبكة^(١١٧) ، ولذلك يكون من الأفضل فى هاتين الحالتين لمصلحة التاجر أن يحتفظ بإمكانية الرجوع فيه بحيث لا يكون التاجر ملتزماً بموجب هذا العرض الذى كان سيكفى مجرد قبوله لانهقاد العقد لو لم يحتفظ التاجر بمكنة الرجوع فيه^(١١٨) .

وغنى عن البيان أن العقد ينعقد بصور الإيجاب وقبوله ، ويجب على الأطراف احترامه وإلا قامت المسؤولية العقدية فى حالة عدم تنفيذ أى منهم له ، ولذلك ينصح الموجب بأن ينص فى إيجابه على أن العرض الصادر منه ليس إلا دعوة للدخول فى مفاوضات أو دعوة للتعاقد ، وذلك بأن يوضح على سبيل المثال أن هذه الشروط التجارية ليست إيجاباً بالمعنى القانونى وذلك بطريقة واضحة لا يمكن الالتفاف حولها ، وذلك باستخدام بعض العبارات مثل «دون التزام sans engagement» ، أو «بعد التأكد après confirmation» ، وعندئذ فإن إجابة مستعمل الشبكة تجعل منه هو الموجب ، وتكون الرسالة الإلكترونية التى يرسلها البائع بعد ذلك هى القبول الذى ينعقد به العقد^(١١٩) ، وما لم يحتفظ البائع على هذا النحو - أى بأنه لا يعتبر ما صدر منه إيجاباً - فيعد ما صدر منه إيجاباً ملزماً يؤدى لانهقاد العقد إذا قبله المشتري على الإنترنت^(١٢٠) .

ثانياً - التوفيق بين عالمية الشبكة ووجوب استعمال اللغة الوطنية فى الإيجاب فى بعض القوانين^(١٢١) :

توجب المادة ٢ من التشريع الفرنسى الصادر فى ٤ أغسطس ١٩٩٤ المسمى بقانون Toubon ، استعمال اللغة الفرنسية أو على الأقل ترجمة بها فى التعبير عن الإيجاب فى كل أنواع التجارة ، ومن ثم فى التجارة الإلكترونية ، وعلى وجه الخصوص فى وصف الشئ أو المنتج أو الخدمة ، وتعيين نطاقه وما له من ضمان ، وفى الإيجاب ، وكذلك فى طريقة التشغيل أو الاستعمال ، وفى الفواتير والإيصالات^(١٢٢) .

وغنى عن البيان أن العرض يكون دولياً فى حالة التجارة الإلكترونية ، وهذا يجوز التساؤل عما إذا كان للمستهلك الفرنسى أن يستند إلى أحكام قانون **Toubon** لكى يتمكن ، بسوء نية ، من تقرير بطلان العقد ؟ ويبدو من الصعب قبول مثل هذا الحل خاصة إذا تخيلنا وضع التاجر إذا وجد مثل هذا التشريع فى دول أخرى عديدة .

ويمكن هنا القياس على ما اقترحه التوجيه الأوروبى الصادر فى ٢١ مايو ١٩٩٢ من أنه ، إذا استجاب مستهلك فرنسى لإعلان فى صحيفة صادرة باللغة الإنجليزية أو برنامج للبيع فى التلفزيون باللغة الألمانية فلا يجوز له أن يتوقع تلقى جميع المعلومات بلغته الوطنية ، فإذا كانت وسيلة الدعاية توزيع خارج منطققتها اللغوية وقرر المستهلك أن يتعاقد ، فلا ينبغي أن تكون القواعد الخاصة باللغة عائقاً أمام هذا العقد العابر للحدود ، ومن المؤكد أن الاقتراح الورد بالتوجيه سالف الذكر قابل للتطبيق على التجارة الإلكترونية ، فطالما أنه قد أشار على سبيل المثال للإيجاب بواسطة التلفزيون ، فيجوز أن يدخل فى نطاقه كل وسيلة أخرى للاتصال عن بعد عبر الحدود ومن ذلك الإنترنت (١٢٣) .

كما حاولت الحكومة الفرنسية التخفيف من أثر هذا القانون بالنسبة لشبكات الاتصالات وأهمها الإنترنت ، فأصدر رئيس الوزراء منشوراً **circulaire** فى ١٩ مايو ١٩٩٦ يتضمن بشأن تطبيق نصوص القانون الصادر فى ٤ أغسطس ١٩٩٤ ، وجوب استخدام اللغة الفرنسية فى كتابة البيانات على الشاشات ، مع إجازة أن تصاحبها ترجمة بالإنجليزية أو بأية لغة أجنبية أخرى (١٢٤) .

ثالثاً - تحديد النطاق المكانى للإيجاب (١٢٥) :

لا تتقيد التجارة عبر الشبكات بحدود الدول ، فيمكن أن يظهر الإيجاب على الشبكة فى اليابان فى أقصى الشرق وفى بىرو فى أقصى الغرب ، ولذلك نلاحظ أن بعض العقود تلص صراحة على ما يمكن أن يسمى بنطاق التغطية **lieu de couverture** أى النطاق الذى يغطيه الإيجاب . ومن ذلك ما نص عليه عقد المركز التجارى **Infonie** من أن العروض ليست صالحة إلا فى الإقليم الفرنسى ، كما تلص شروط المركز التجارى **Apple store** على أن هذا المركز يبيع المنتجات فى الولايات المتحدة وألاسكا وهاواى فقط .

ويلاحظ أن الشرط الذى يحدد النطاق الجغرافى للتسليم يقوم بدور مماثل ، ولكن ينبغي على أى حال تمييزه عن الشرط الذى ذكرناه حالاً ، لأنه لا يتعلق بتحديد المنطقة الجغرافية التى يكون الإيجاب صالحاً فيها ، ولكن بمسألة لاحقة للانعقاد وهى كيفية تنفيذ العقد . ومن أمثلة ذلك ما ورد

بشروط المركز التجارى **Surf and buy d'IBM Europe** من أنه «يجوز للمتجر المشارك أن يقيد الأماكن التى يتم فيها التسليم من الناحية الجغرافية» ، ويبدو أن آثار هذا الشرط تقترب كثيراً من سابقة ، إذ أن العميل الذى لا يقع فى النطاق الجغرافى الذى يتاح فيه التسليم سوف يتردد كثيراً دون شك فى قبول العرض^(١٢٦) .

وفى رأينا أنه لا يجوز تبسيط الأمر على هذا النحو ولو اقتربت آثار الشرطين من الناحية العملية ، ففى حالة الشرط الأول الذى يقيد صلاحية الإيجاب بنطاق جغرافى معين فإن العقد لن يتعقد أصلاً إذا قبل الإيجاب شخص يقع موطنه خارج هذا النطاق الجغرافى إذ لن يصادف القبول إيجاباً صالحاً ، أما على فرض قبول العميل للإيجاب رغم وجود الشرط الثانى الذى يقيد النطاق الجغرافى للتسليم فإن العقد يتعقد دون أن يكون البائع ملزماً بتسليم المشتري الشيء المبيع إلا فى الأماكن التى تعهد بالتسليم فيها .

وعلى أى حال ، فمن الواجب أن يولى الشرط الذى يحدد النطاق الذى يغطيه العرض قدراً كافياً من الأهمية ، فرغم أنه يضيق بالتأكيد من نطاق عمل التاجر من الناحية الاقتصادية إلا أنه قد يحقق له من الناحية القانونية نوعاً من الأمان إذ لن يلتزم بإبرام عقود فى نطاق جغرافى وقانونى لا يسيطر عليه^(١٢٧) .

وقد أشار البلد الرابع من العقد النموذجى الفرنسى للتجارة الإلكترونية فى فقرته الثالثة والرابعة إلى تحديد المنطقة الجغرافية التى يغطيها الإيجاب وكذلك المنطقة الجغرافية التى يغطيها التسليم ، كما ورد فى التعليق عليه فائدة أخرى لهذا التحديد الجغرافى وذلك لأن بعض القوانين الأجنبية قد تتضمن حالات يحظر فيها التعامل أو قيوداً أخرى وفقاً لتصورها الخاص بشأن حماية المستهلكين ، ولذلك ينصح التاجر الفرنسى أن يحدد مقدماً النطاق الجغرافى الذى يغطيه الإيجاب تجنباً لوقوعه فى هذه المشكلة .

الموضوع الثانى : القبول فى العقد الإلكتروني(١٢٨)

القبول بصفة عامة هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب فى إبرام العقد على أساس هذا الإيجاب .

ويجب لكى ينتج القبول أثره فى انعقاد العقد أن يتطابق تماماً مع الإيجاب فى كل جوانبه وإلا فإن العقد لا ينعقد ، فإذا اختلف القبول عن الإيجاب اعتبر إيجاباً جديداً وليس قبولاً(١٢٩) .

وقد أشار العقد النموذجى الفرنسى للتجارة الإلكترونية فى بنده السابع بعنوان «قبول العرض» إلى أن موافقة المشتري يجب أن تتضمن تحديداً لبعض العناصر وهى الشيء أو الخدمة المتعاقد عليها والثمن وطريقة الوفاء وطريقة التسليم والطريقة التى تتم بها خدمة ما بعد البيع ، ومن الواضح أن الإشارة لهذه العناصر تستهدف ضمان اتفاق القبول مع الإيجاب فى العناصر الرئيسية للعقد والتى لا ينعقد دون الاتفاق عليها .

وسوف نتناول هنا أيضاً ما يمكن أن يثور من أوجه للخصوصية بشأن القبول فى العقد الإلكتروني .

أولاً - الطرق الخاصة للقبول فى العقد الإلكتروني(١٣٠) :

الأصل فى القواعد العامة أن مجرد سكوت من وجه إليه الإيجاب لا يعد قبولاً ، ولذلك فإن من يسلم رسالة إلكترونية عبر الشبكة تتضمن إيجاباً ونص فيها على أنه إذا لم يرد على هذا العرض خلال مدة معينة اعتبر ذلك قبولاً ، يستطيع ألا يعير اهتماماً لمثل هذه الرسالة(١٣١) .

وعلى سبيل الاستثناء فقد نصت المادة ٩٨ من القانون المدنى المصرى على أنه :
(١) إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى وغير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم ، إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب .
(٢) ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً ، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واصل الإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا امتحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه . ولا يختلف هذا النص كثيراً عما استقر عليه القضاء الفرنسى فى هذا الشأن(١٣٢) .

ولكن هذه الحالات الاستثنائية لابد أن تواجه بمنتهى الحذر فى خصوص القبول عبر الإنترنت ، فلا يمكن القول بأن العرف يلعب دوراً فعلياً فى التعاقد عبر الإنترنت حتى وقتنا هذا

وذلك نظراً لحدائثة هذا الشكل من أشكال التعاقد^(١٣٣) ، أما عن تمحض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه فهي حالة تتضمن عملاً من أعمال التبرع دون أى التزام يقع على عاتق من وجه إليه الإيجاب وهو فرض غير مأنوف على الإنترنت^(١٣٤) ، أما عن حالة التعامل السابق بين المتعاقدين فهي الحالة التي تصادفنا كثيراً في التعاقد عبر الإنترنت ومثال ذلك اعتياد العميل على شراء بعض السلع من أحد المتاجر الافتراضية سواء بالبريد الإلكتروني أو عن طريق صفحات الويب Web ، وهنا يجوز القول بأن هذه الحالة تعد من الحالات النموذجية للتعامل السابق ، إلا أنه لا ينبغي إغفال حقيقة هامة وهي أن سهولة إرسال الإيجاب بواسطة البريد الإلكتروني في الوقت الحالي قد يؤدي إلى فرض التعاقد على المستهلك الذي اعتاد التعامل مع متجر افتراضي عبر شبكة الإنترنت وذلك بمجرد إرسال التاجر مثلاً لرسالة إلكترونية تتضمن اعتبار عدم الرد خلال مدة معينة بمثابة القبول ، ولذلك فإننا نرى أنه لا يجوز استنتاج قبول العميل من مجرد سكوتة إذا كان هناك تعامل سابق ، وبمعنى آخر أن ظرف التعامل السابق لا يكفي في التعاقد عبر الإنترنت لاعتبار هذه الحالة من حالات السكوت الملابس ، بل يجب أن يقتصر بهذا السكوت وبهذا التعامل السابق ظرف آخر يرجح دلالة السكوت على قبول العميل للتعاقد .

ومن اليسير القول بوجود الإرادة إذا تم التعبير عنها كتابة ، ولكن ثور الصعوبة عند غياب الدليل الكتابي^(١٣٥) ، وهنا يثور التساؤل بصفة خاصة عما إذا كان مجرد ملامسة من وجه إليه الإيجاب لأيقونة «القبول» أو الضغط عليها يعد كافياً للتعبير عن القبول؟^(١٣٦) ويبدو أنه لا يوجد ما يحول دون ذلك من الناحية القانونية ، ولكن المحاكم لن تقتنع بصحة هذا القبول بواسطة اللمس أو الضغط *cliquage* على أيقونة القبول إلا إذا كان حاسماً . ولذلك ينصح بأن تتضمن عبارات التعاقد رسالة قبول نهائي من أجل تجنب أخطاء اليد *erreurs de manipulation* أثناء العمل على جهاز الكمبيوتر مثل : (هل تؤكد القبول) ؟ والإجابة على ذلك (بلى) أو (لا)^(١٣٧) ، أو بمعنى أوضح : بحيث يتم التعبير عن القبول بلمستين *double clic* وليس بلمسة واحدة تأكيداً لتصميم من وجه إليه الإيجاب على قبوله^(١٣٨) .

كما أن هناك العديد من التقنيات التي تسمح بالتغلب على هذا الشك : ومن ذلك وجود وثيقة أمر بالشراء *bon de commande* يتعين على العميل أن يحررها على الشاشة وهو ما يؤكد سلوكه الإيجابي في هذا الشأن ، أو تأكيد للأمر بالشراء *confirmation de la commande* يرتد إلى موقع البائع^(١٣٩) ، ومن ذلك مثلاً ما ورد بالبند السابع من العقد النموذجي لفرنسي للتجارة الإلكترونية بشأن القبول من صترة وجود تأكيد للأمر بالشراء ، كما ورد بالتعليق على ذات البند

أن القبول وتأكيد الأمر بالشراء يجب أن يتحققا بمجموعة من الأوامر على صفحات الشاشة المتعاقبة ، بحيث تتضمن هذه الأوامر صراحة ارتباط المستهلك على وجه جازم .

ويبدو لنا من اشتراط تأكيد القبول من جانب المستهلك على النحو سالف الذكر أن التساؤل قد يثور حول القيمة القانونية لهذا التأكيد للقبول ، فإما أن القبول يكون قد تم قبله ، فلن تكون له قيمة قانونية ، وإما أن القبول لن يتم إلا بصدور التأكيد ، وهنا يعد هذا التأكيد هو القبول بعينه بحيث لا تبدو هناك حاجة لمعاملته كشئ آخر بجوار القبول ؟

وفي رأينا أن الإجابة على هذا التساؤل يجب أن تستخلص من خلال تفاصيل البرنامج المعلوماتي الذي يتم من خلاله التعاقد ، ولن يخرج هذا البرنامج عن فروض ثلاثة : الأول : إذا كان هذا البرنامج لا يسمح بانعقاد العقد إلا إذا تم التأكيد بحيث لن يترتب على صدور القبول مجرداً عن التأكيد أى أثر وفي هذه الحالة نستطيع الجزم بأن القبول لا يتم إلا بصدور التأكيد . والثاني : وفيه يسمح البرنامج بانعقاد العقد دون أن يرد فيه التأكيد على الإطلاق وهذا لا مفر من القول بأن القبول قد صدر بمجرد لمس أيقونة القبول . والثالث : وهو فرض وسط بينهما وهو أن يتضمن البرنامج ضرورة التأكيد ولكنه لا يمنع من انعقاد العقد بدونه ، وهذا يمكن القول أن اللمسة هي قرينة على الانعقاد ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس ، بمعنى أنه يجوز للعميل أن يثبت أن هذه اللمسة قد صدرت منه عفواً على سبيل المثال ويستطيع هنا أن يتخذ من عدم صدور التأكيد منه دليلاً على أنه لم يقصد قبول التعاقد .

كما تطرح العديد من التساؤلات في هذا الصدد والتي يعد بعضها صورة مثلى لخصوصية القبول في العقد الإلكتروني ، ومنها مثلاً : هل يعد التحميل عن بعد téléchargeement لأحد برامج الكمبيوتر طريقة معقولة للقبول بحيث يترتب على القيام به انعقاد العقد ؟^(١٤٠)

ونشير أولاً إلى أن التحميل عن بعد - وهي الترجمة التي أخذنا بها لمصطلح téléchargeement - يعنى نقل أحد البرامج أو بعض المعلومات إلى الكمبيوتر الخاص بالعميل عن طريق شبكة الإنترنت بحيث يحصل العميل على هذا البرنامج أو هذه المعلومات دون حاجة إلى استعمال الوسيلة العادية لوضع البرامج على جهاز الكمبيوتر عن طريق القرص المرن أو اسطوانة الليزر^(١٤١) ، ومن الواضح أن هذه الصورة تمثل الصورة المثلى لإبرام العقد (عقد بيع البرنامج أو المعلومات) وتنفيذه على الخط أو على الشبكة ذاتها دون لجوء للعالم الحقيقي خارج الشبكة .

وتتضح المسألة أكثر بالمثال العملي الخاص بشركة Oracle التي تمنح على موقعها على الشبكة فرصة للتجربة المجانية لأحد برامج الكمبيوتر وذلك لمدة تسعين يوماً ، مع تنبيه مستعمل الإنترنت أن هذه التجربة تخضع لشروط الترخيص التي لا تظهر للعميل إلا بعد تحميل هذا البرنامج والتي تتضمن شرطاً ينص على أن «تحميل البرنامج يعد قبولاً للشروط التالية:»، وهنا يثور التساؤل : أليس من الممكن أن تكون هذه الشروط هي الأساس العقدي لهذه العملية والتي يتعين في حالة المنازعة أن يكون مستعمل الإنترنت قد أحيط بها علماً قبل التحميل؟^(١٤٢)

ويقتررب من ذلك أيضاً الحالة الخاصة بشركة Time Inc. New Media والتي تعتمد للقبول أيقونة *accepter* ، وتعرض هذه الشركة على مستعمل الإنترنت أن يتعاقد على الخط أى على الشبكة نفسها على أحد برامجها المسمى *Pathfinder* (والذى يتضمن بعض تطبيقات من النوع البحثى) . وتنبيه على مستعمل الإنترنت أنه إذا ضغط على أيقونة *accepter* فإنه يعد قابلاً لشروط استعمال البرنامج المسمى *Pathfinder* ، ومن ضمن هذه الشروط نجد أن أحدها ينص على أنه يجوز للشركة أن تعدل هذه الشروط فى أى وقت وذلك بناء على مجرد إخطار *notification* يحدث أثره فوراً (مع ملاحظة أن هذا الإخطار يجوز أن يتم على ذات برنامج *Pathfinder*) ، وهنا يحق التساؤل أنه وعلى فرض الموافقة على اعتبار الضغط على أيقونة القبول *accepter* يعنى أن مستعمل الإنترنت قد عبر على نحو صحيح عن قبوله لشروط استعمال هذه الخدمة ، فهل يعنى ذلك أنه قد قبل أيضاً التعديلات اللاحقة لها والتي سوف تكون نافذة فى حقه؟^(١٤٣)

ولم يجب لنا من طرح التساؤل السابق حول مدى صحة القبول فى المثالين السابقين إيجاباً أو سلباً واكتفى بمجرد طرحه . وفى رأينا أن تساؤله لا يتعلق بمدى صلاحية الوسيلة التي طرحها فى كل من المثالين السابقين للتعبير عن القبول وذلك على النحو الذى صاغ به تساؤله ، ولكنه يتعلق بمشكلة أخرى ربطها هو بوسيلة التعبير عن القبول وهى مشكلة عدم العلم المسبق للعميل ببعض الشروط العقدية ، والتي لن تكون واضحة أمامه عند التعبير عن قبوله فى المثالين السابقين ، وهى مشكلة أقل ما يقال بشأنها أنها قد قتلت بحثاً ، ويكون من طرح هذا التساؤل قد طرحها علينا من جديد بهذه المناسبة ، ومن هنا فإننا لا نتردد فى الموافقة على أن ما صدر من جانب العميل فى المثالين السابقين يصلح وسيلة قانونية للتعبير عن القبول إذ يتضح منهما إرادته الجازمة فى إبرام العقد ، أما مسألة عدم علمه المسبق ببعض الشروط العقدية فينبغى أن تراجعه وفقاً لما استقر عليه الأمر بشأن هذه المشكلة بصفة عامة^(١٤٤) .

ثانياً - مدى كفاية القبول لانعقاد العقد مع اشتراط التأكيد من جانب التاجر :

لم يكتفِ العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بصدور القبول من العميل ولكنه أوجب أيضاً من البند الثامن والتعليق عليه بعنوان: التأكيد من جانب التاجر بواسطة البريد الإلكتروني^(١٤٥) ، أن يتلقى المستهلك ، كتابة ، أو بأية وسيلة أخرى تكون تحت تصرفه ويمكنه الوصول إليها ، تأكيداً **confirmation** يتضمن مجموعة العناصر الرئيسية التي يتكون منها العقد^(١٤٦) ، ويقترح إجراء هذا التأكيد بواسطة البريد الإلكتروني ، باعتبار أنه أفضل الوسائل التي تتوافق مع التجارة الإلكترونية .

ونلاحظ أن العقد النموذجي قد أوجب على التاجر أن يرسل هذا التأكيد عند تنفيذ العقد أو عند التسليم كحد أقصى ، ويحق لنا هنا أيضاً أن نتساءل عن القيمة القانونية لهذا التأكيد وعما إذا كان عنصراً جديداً يضاف إلى الإيجاب والقبول ؟

ويبدو أن العقد النموذجي ذاته قد حسم هذه المسألة وذلك عندما ورد بالتعليق على البند السابق أنه على التاجر أن يرسله عند تنفيذ العقد أو عند التسليم كحد أقصى ، وهو ما يفهم منه بوضوح أن العقد قد انعقد وأن هذا التأكيد يتم عند تنفيذ العقد وليس له شأن بانعقاده وهو ما يدفعنا للتساؤل حول قيمته طالما أنه لن يؤثر على الانعقاد ، ويبدو لنا أنه قد تكون له بعض الفائدة بشأن إثبات انعقاد العقد إذ لن يستطيع التاجر أن ينزع بعد إرساله لهذا التأكيد في هذا الشأن ، كما نص البند التاسع من هذا العقد النموذجي على جزاء خاص في حالة عدم قيام التاجر بهذا التأكيد وهو إطالة المدة المقررة لرجوع المستهلك في العقد إلى ثلاثة شهور بدلاً من سبعة أيام تحسب بالنسبة للسلع من يوم تسلم المستهلك لها وبالنسبة للخدمات من يوم انعقاد العقد ، فإذا سلم التأكيد خلال هذه الشهور الثلاثة ، احتسبت مدة الأيام السبعة من يوم تمام التأكيد المذكور .

ثالثاً - تحديد لحظة القبول^(١٤٧) :

غنى عن البيان أهمية تحديد لحظة القبول إذ هي نفسها لحظة انعقاد العقد والقاعدة العامة هي أن العقد ينعقد في اللحظة التي تتقابل فيها الإرادتان ، ومن الواضح أن هذا المبدأ قد يواجه بعض الصعوبات في تطبيقه في حالة التجارة الإلكترونية إذ لا يكون الطرفان حاضرين حضوراً مادياً في مكان واحد .

وسيراً وراء الفقه التقليدي في تناوله لهذه المسألة في التعاقد بين الغائبين أو بالمراسلة بصفة عامة ، فقد ذكر البعض أنه من المتصور أن نأخذ في الاعتبار أربع لحظات عند محاولة تحديد زمان انعقاد العقد بواسطة الإنترنت^(١٤٨) :

* لحظة إعلان القبول : وهي في موضوعنا على سبيل المثال اللحظة التي يحرر فيها القابل رسالة إلكترونية تتضمن القبول أو اللحظة التي يضغط فيها على الأيقونة المخصصة للقبول ، وسوف يواجه الأخذ بهذا الحل صعوبة بشأن الإثبات ، طالما لن يكون للقبول وجود إلا على جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل ، ولذلك سيكون من الصعوبة بمكان أن يثبت الموجب أن القابل قد حرر الرسالة التي تتضمن القبول ولم يرسلها^(١٤٩) .

* لحظة تصدير القبول : وهي في موضوعنا على سبيل المثال اللحظة التي يضغط *clique* فيها القابل من أجل إرسال قبوله للموجب^(١٥٠) ، ويبدو لنا وجود بعض اللبس في طرح هذا الفقه للحظة تصدير القبول كإحدى اللحظات المقترحة لانعقاد العقد عبر الإنترنت ، وذلك لأنه لا يتصور تصدير القبول دون تسلمه في تقنية الإنترنت ، فالتصور السابق يعنى أن هناك فارقاً زمنياً بين تصدير القبول وتسلمه وهو ما يوضح تأثر الكاتب بالتصور التقليدي لما يمكن أن يحدث نتيجة لوجود فاصل زمني محسوس بين تصدير القبول وتسلمه في حالة البريد التقليدي مثلاً ، أما فيما يخص الإنترنت فإن الفارق الزمني بين التصدير والتسلم لا يكاد يكون محسوساً ، والفرض الذي قد يطرح ليس هو وجود فارق زمني بينهما ، ولكن المتصور هو عدم تسلم الرسالة الإلكترونية لسبب فني مثلاً وفي هذه الحالة فإن المانع الفني من التسلم يعنى أيضاً أن الإرسال لم يتم هو الآخر ، بمعنى أن الرسالة التي تتضمن القبول مازالت حبيسة جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل وبذلك فإننا نظل في نطاق إعلان الإيجاب دون إرساله أو تصديره وليس في نطاق تصديره دون تسلمه وهو ما دفع بعض الفقه إلى القول - وبحق - أن كل ما يقال في هذا الشأن في القانون التقليدي عن وجود فاصل زمني بين التصدير والوصول هو على وشك الاندثار لأنه لا يوجد على الإنترنت هذا التفاوت في الزمن بين الإيجاب والقبول ، فالتصرفات الإلكترونية هي تصرفات عن بعد ولكنها فورية ومتعاصرة^(١٥١) .

* لحظة تسلم الموجب للقبول ، حتى ولو لم يعلم به ، ومثال ذلك لحظة دخول رسالة القبول في صندوق البريد الإلكتروني على جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب .

* لحظة علم الموجب بالقبول : وذلك عندما يفتح الموجب صندوق خطابه الإلكتروني ويطلع الرسالة التي تتضمن القبول^(١٥٢) .

وليس من الصعب تبني أى من هذه اللحظات على مستوى التشريع الوطنى ، وعلى سبيل المثال فقد نصت المادة ٩١ من القانون المدنى المصرى على أن «ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به . ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك» ، إلا أن المشكلة التى تثار هنا هى أن التجارة الإلكترونية تباشر كثيراً على النطاق الدولى وهو ما سيؤدى إلى احتمال التداخل بين العديد من القوانين ، ولذلك فلا يمكننا أن نتوقع حلاً واحداً لهذه المشكلة التى اختلفت القوانين فى حلها^(١٥٣) .

ولا يوجد سوى نص دولى واحد يطبق على هذه المسألة وهو اتفاقية فيينا فى ١١ أبريل ١٩٨٠ الخاصة بالبيع الدولى للبضائع ، والتى لا تنطبق إلا على عقود البيع ذات الصفة الدولية للأموال المنقولة ، وتتبنى هذه الاتفاقية نظرية التسلم ، بمعنى أن العقد ينعقد بتسليم الموجب للقبول ، وقد وقعت على هذه الاتفاقية ٤٥ دولة منها فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا ولم تنضم لها بريطانيا^(١٥٤) ، ويترتب على ذلك أن عقود البيع الدولية التى تتم عبر الإنترنت تنعقد فى اللحظة التى يتسلم فيها الموجب للقبول^(١٥٥) ، أما العقود التى تتم على المستوى الوطنى فتخضع للقانون الوطنى ، وتبقى مشكلة العقود التى تتم على المستوى الدولى بين دولتين لم تنضم كلاهما أو إحداها لهذه الاتفاقية .

الموضوع الثالث : التراضى على بعض العناصر الهامة فى العقد الإلكتروني

نصت المادة ٩٥ من القانون المدنى المصرى على أنه «إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة ، فيجب أن تتطابق الإرادتان على جميع المسائل أو الشروط الجوهرية فى العقد وإلا فإنه لا ينعقد ، وهو ينعقد حتى ولو لم يتم الاتفاق على المسائل التفصيلية أو غير الجوهرية إذا احتفظ بها الأطراف ليتم الاتفاق عليها فيما بعد ، أما إذا اتفقا على أن العقد لا ينعقد إلا بالاتفاق على هذه المسائل التفصيلية فإن العقد لا ينعقد إلا بالاتفاق عليها»^(١٥٦) ، وقد حرصت العقود المتداولة والتى استندنا لها بصفة رئيسية فى هذه الدراسة على اشتراط اتفاق المتعاقدين على بعض المسائل ، ومن هذا فإن هذه العقود تستدعى الفكرة السابقة وهو ما يوجب علينا أن نتناول ببعض الشرح المسائل التى لا ينعقد العقد الإلكتروني إلا بالاتفاق عليها سواء لأنها من المسائل الجوهرية أو لأن الأطراف قد اتفقا على عدم انعقاد العقد إلا بالاتفاق عليها .

أولاً - الثمن (١٥٧) :

تحظى الشروط التى تنظم الاتفاق على الثمن باهتمام بالغ فى العقود محل الدراسة ، فتحصر العقود المتداولة على ضرورة النص على العملة التى يتم بها الوفاء بالثمن ، فنص عقد المركز التجارى *Infonie* على أن يحدد الثمن بدقة بالفرنك الفرنسى ، مع الإشارة إلى جواز الدفع بعملة أجنبية ، كما نصت المادة 1.1.8 من الشروط العامة للمركز التجارى *Surf and buy d'IBM Europe* على أنه يتعين على المتجر المشارك أن يحترم الشروط التالية ويصفية خاصة : «أن يحدد الأسعار بالعملة الفرنسية ، ويجوز أيضاً أن يحددها بعملة أجنبية فى حالة المنتجات التى سوف تصدر إلى بلد أجنبى أو تلك التى يكون منشؤها فى بلد أجنبى»^(١٥٨) .

كما تحرص هذه العقود على الإشارة إلى ضرورة الالتزام بالأسعار المحددة وقت الطلب بحسب الأصل حتى ولو احتفظ التاجر برخصته المشروعة فى تغيير هذه الأسعار فيما بعد ، فينص دليل المركز التجارى *Paris Duty Free* على «أننا نحتفظ بالحق فى تعديل الأسعار فى أى وقت ، أما بالنسبة للطلبات التى قبلت فإننا نلتزم بالأسعار المحددة وقت الطلب»^(١٥٩) .

أما عن طريقة الوفاء بالثمن فتحصر العقود في الغالب على النص على أن يتم الوفاء على الخط أى على الشبكة نفسها بواسطة بطاقة مصرفية *carte bancaire* ، فينص عقد المركز التجارى *Surf and buy d'IBM Europe* تحت عنوان (الثمن وشروط الوفاء) على أن «يتم الوفاء ببطاقة مصرفية وعلى وجه الخصوص البطاقات التى تحمل علامات *CB, Visa, Eurocard, Mastercard* المقبولة فى فرنسا ، وكذلك البطاقات المماثلة المقبولة فى نطاق الشبكات الدولية ، أو بواسطة أية وسيلة أخرى للوفاء يقبلها المتجر المشاركون»^(١٦١) .

ومن المألوف أن تقابلنا بعض الشروط التى تستهدف ضمان استيفاء التاجر للثمن ، ومن ذلك شرط الاحتفاظ بالملكية التقليدى حتى سداد كامل الثمن ، فينص عقد *Infonie* على أن : «تظل القطع مملوكة لنا طالما لم يتم الوفاء بكامل الثمن» ، كما تضمن عقد المركز التجارى *Surf and buy d'IBM Europe* فى شروطه العامة ذات الشرط على نحو أكثر تفصيلاً فنص على أن «يحتفظ المتجر المشاركون بملكية المنتجات المباعة حتى الوفاء الفعلى بكامل الثمن الرئيسى وملحقاته إن وجدت ، ويجوز للمتجر المشاركون فى حالة عدم الوفاء كلياً أو جزئياً بأحد المستحقات أن يسترد دون إنذار مسبق المنتج وملحقاته ، مع احتفاظه على سبيل التعويض بكل المبالغ التى سبق أن أداها العميل وذلك دون إخلال بحقه فى التعويض الكامل عما أصابه من أضرار ، ويتحمل العميل كافة النتائج المترتبة على التلفيات أو الأضرار التى يحدثها المنتج أو تلك التى تصيبه أثناء وجوده فى حراسته . كما ينتقل عبء المخاطر إلى العميل بمجرد التسليم ، ومن هذا المطلق فإنه يلتزم بأن يأخذ على عاتقه إبرام كافة التأمينات الضرورية للوفاء بالتعويض المستحق للمتجر المشاركون فى مثل هذه الحالة ، كما يلتزم العميل بحفظ المنتجات التى حصل عليها من المتجر المشاركون على استقلال وذلك لئى تكون معيبة بذاتها بوضوح باعتبارها مملوكة للمتجر المشاركون»^(١٦١) .

وقد أجمال العقد النموذجى الفرنسى للتجارة الإلكترونية معظم هذه المسائل فى بنده السادس بعنوان «التحديد التفصيلى لثمن المال أو الخدمة المعروضة» ، فأوجب تحديد عناصر الثمن تفصيلاً بالفرنك الفرنسى ، ونفقات التسليم والخصومات على الثمن (التخفيضات ...) إن وجدت ، ومدى إمكانية الوفاء بعملة أجنبية بناء على طلب المستهلك مع التنويه إلى أن التحويل إلى اليورو لا يؤثر على صحة العقد .

كما أشار العقد النموذجى فى بنده العاشر بعنوان «الوفاء» إلى جواز الوفاء بطرق ثلاثة : فإما أن يتم الوفاء فوراً ببطاقة مصرفية^(١٦٢) ، وإما أن يتم الوفاء فوراً بواسطة حافظة نقد إلكترونية *Par porte-monnaie électronique*^(١٦٣) ، وإما أن يؤجل الوفاء لحين التسليم .

ثانياً - التسليم (١٦٤) :

حرصت العقود المتداولة على تنظيم مسألة التسليم ، فينص البند ١٢ من عقد Infonie تحت عنوان (تسليم السلع) على أن يتم تسليم السلع في موطنك أو في أى عنوان آخر تختاره في الإقليم الفرنسى وتذكره في طلبك ، وإن تتحمل بأية نفقات من أجل التسليم بخلاف نفقات التصدير المذكورة سالفاً .

ومن المتصور أحياناً أن تحدث بعض الصعوبات البريدية والتي قد تسبب بعض التأخير في التسليم الذى لا يتجاوز ما هو متوقع عادة . ولذلك حرصت الشروط الخاصة بأحد المراكز الأمريكية CD Now على النص على أنه : ويتوقف تسليم أغلب الطلبات التي يكون محلها ثلاثة قطع أو أقل على ظروف خدمة البريد في الولايات المتحدة الأمريكية ، أما الطلبات التي تتضمن أربعة قطع أو أكثر أو التي تكون قيمتها مائة دولار أو أكثر ، فسوف نرسلها لكم بالبريد السريع . (ملح ملاحظة أنه قد يشترط التوقيع من أجل تسليم الطرود المرسلة بالبريد السريع، وأنه قد لا يسلم في أيام العطلات) ، وقد نقدم لكم خدمة البريد السريع اختياراً إذا كانت متاحة لذا بمقابل زهيد وذلك بالنسبة للطلبات التي تتضمن ثلاثة قطع أو أقل، (١٦٥) .

وتضيف بعض العقود بعض الشروط التي تستهدف مواجهة بعض المشكلات المرتبطة بالتسليم مثل ذلك الذى ينص على أنه ، إذا حدث وكانت السلعة تالفة عند تسليمها لك ، فعليك أن تسلم تحفظاً مكتوباً لمن سلمها لك ، وستلتزم عندئذ بحل مشكلتك على أكمل وجه، (١٦٦) .

كما نص العقد النموذجي على ضرورة تحديد كيفية التسليم وما إذا كان سيتم عن طريق البريد مثلاً أو بواسطة وسيلة نقل أو على الخط أو الشبكة نفسها مثل برامج الكمبيوتر أو قواعد البيانات (١٦٧) .

كما ورد بالبند الحادى عشر من العقد النموذجي بعنوان «التسليم» ضرورة تحديد تاريخ التسليم ويقترح مثلاً أن يتم التسليم فى خلال ثلاثين يوماً ، وإلا جاز إنهاء العقد ورد المبالغ المدفوعة . كما نص على أنه فى حالة عدم مماثلة المال المسلم أو الخدمة المؤداة لما ورد بالعرض ، يلتزم البائع باستدراك ذلك أو برد ما دفعه العميل .

كما نظم العقد النموذجي فى ذات البند مسألة متصلة بالتسليم وهى المسؤولية عن التلغيات التي تحدث أثناء النقل فورد به أنه إذا اتفق على أن يتحمل البائع مخاطر النقل فإنه يلتزم بتعويض العميل ، أما إذا اتفق على أن يتحمل المشتري مخاطر النقل فعليه أن يرسل اعتراضاً مسبباً للنقل خلال ثلاثة أيام محسوبة من وقت التسليم ، ويتضح فى هذه الحالة الأخيرة أنه لن يكون أمام المشتري سوى الرجوع على الناقل .

ثالثاً - التنظيم التفصيلي لحق العميل في الرجوع في العقد من الناحية العملية^(١٦٨) :

لقد سبق أن رأينا أن تقنين الاستهلاك في فرنسا والتوجيه الأوروبي الصادر في هذا الشأن ، يجيزان للعميل إرجاع المنتج في العقود المبرمة عن بعد ، وذلك تؤكد بعض العقود على القاعدة القانونية المقررة في هذا الشأن ، وتضيف إليها أيضاً الإجراءات العملية اللازمة لمباشرتها ، وتبدو أيضاً فائدة التنظيم العقدي لهذه المسألة في أنه قد يقدم صيغة للرجوع تختلف عن تلك المقررة قانوناً وذلك لمصلحة المستهلك ، مع التحفظ بأنه لا يجوز أن يؤدي هذا التنظيم العقدي إلى الانقصاص من الحقوق المقررة للمستهلك بمقتضى نصوص أمرة .

وهكذا ، فقد نصت المادة ٦ من الشروط العامة للمركز التجاري Infonie تحت عنوان (المدة المقررة لإعادة النظر ، من أجل رد الثمن أو الاستبدال) ، على أن يكون لك وفقاً للمادة 6-121 L. من تقنين الاستهلاك ، مدة سبعة أيام كاملة محسوبة من وقت التسليم لإعادة القطعة لنا من أجل استبدالها أو استرداد الثمن ، وذلك دون أى مقابل باستثناء نفقات النقل .

ونلاحظك أن تعيد إرسال السلعة إلينا بالبريد الموصى عليه على العنوان التالي :

ويتعين عليك أن ترد لنا السلعة جديدة كما هي ، وفي عبوتها الأصلية في حالة جيدة أيضاً ، وسوف نرد لك الثمن الذي دفعته في مقابلها ، وعليك أن تتحمل نفقات إعادة التصدير (إلا إذا كان هناك خطأ من جانبنا ، ونلوه إلى أننا سوف نرفض الرسائل إذا كانت من النوع الذي يتحمل المرسل إليه نفقاتها .

ولا يجوز رد القطع التي تلفت أو اتسخت بسبب من قبل المشتري ، فإذا حدثت وأعيدت إلينا مثل هذه القطع ، فسوف نحتفظ بها ونظل تحت تصرف المشتري الذي يظل ملتزماً بالوفاء بقيمتها .

ولا يجوز إرجاع شرائط الكاسيت المسموعة والمرئية المسجلة ، أو الاسطوانات أو برامج الكمبيوتر أو المنتجات الصحية أو أدوات التجميل (إلا إذا ظلت مغلقة دون فتح)^(١٦٩) .

وعلى أى حال فإننا نحتفظ بحقنا في رفض طلبات الشراء المستقبلية من طرفكم وذلك في حالات الإرجاع غير المألوفة أو المشوبة بالتعسف .

كما نص عقد CD Now على «أننا نضمن لك بصفة مطلقة رضائك عن منتجاتنا وخدماتنا ، ولكن يجوز لك أن ترجع أية سلعة خلال ثلاثين يوماً من تسليمها لك مع استردادك لكامل الثمن

عدا تكاليف النقل ، مع ملاحظة أنه يحتمل ألا نقبل رد الصادرات اليابانية إذا فتحت وكذلك منتجات Tshirts ما لم تكن معيبة ، ومن الواضح أن هذا العقد يقرر ميزة للمستهلك إذ يطيل مدة الرد إلى ثلاثين يوماً بدلاً من مدة الأيام السبعة التي نص عليها القانون .

أما الإرجاع في حالة التسليم الخاطئ، فينظم بشروط خاصة نظراً لما ارتكبه البائع من خطأ ، فنص عقد Apple Store على أنه : «إذا حدث وتسلمت قطعاً غير تلك التي طلبتها ، فاتصل برقم الهاتف وسوف يصلك إذن بإعادة المنتج مع رد الثمن مع التزامنا بنفقات النقل» .

كما نظم العقد النموذجي الفرنسي أيضاً أحكام الرجوع وذلك في البند التاسع تحت عنوان «مدة الرجوع»^(١٧٠) ، فنص على أن مدة الرجوع هي سبعة أيام من أيام العمل *jours ouvrables* تحسب بالنسبة للسلع من تاريخ تسلم المستهلك لها ، أما بالنسبة للخدمات فتحسب من يوم انعقاد العقد وذلك إذا كان المستهلك قد تسلم التأكيد من التاجر بما يتضمنه من معلومات بالبريد الإلكتروني .

وفي حالة عدم احترام التاجر لالتزامه بالتأكيد بالبريد الإلكتروني ، تمتد مدة الرجوع إلى ثلاثة شهور تحسب بالنسبة للسلع من يوم تسلم المستهلك لها وبالنسبة للخدمات من يوم انعقاد العقد، فإذا سلم التأكيد خلال هذه الشهور الثلاثة ، احتسبت مدة الأيام السبعة من يوم تمام التأكيد المذكور .

وإذا باشر المستهلك حقه في الرجوع ، التزم التاجر بأن يرد له المبالغ التي دفعها دون أية نفقات إضافية ، وذلك خلال ثلاثين يوم كحد أقصى .

رابعاً - حق العميل في الضمان^(١٧١) :

تحرص العقود المتداولة على تأكيد حق العميل في الضمان وأنه يتمتع بضمان اتفاقي إلى جانب الضمان القانوني المقرر وهو ما نصت عليه شروط المركز التجاري Infonie حيث ورد في بندها العاشر بعنوان (الضمانات الاتفاقية) أن المستهلك «يتمتع بالضمانات التي ارتضاها صانع المنتجات وذلك وفقاً للشروط الأساسية لهذا الضمان والتي تذكر على الشبكة مصاحبة لوصف المنتجات» ، كما حرص البند الحادي عشر بعنوان (الضمان القانوني) على النص على أنه «لا يجوز للشروط الخاصة بالضمانات الاتفاقية أن تخفض أو أن تلغي الضمان المقرر قانوناً بشأن العيوب الخفية» .

كما نص العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في الفقرة الثامنة من البند الرابع على ضرورة تحديد ضمانات وخدمة ما بعد البيع ، كما كرر ذلك في البند الثاني عشر بعنوان «الضمانات وخدمة ما بعد البيع، وذلك بالنص على ضرورة تحديد كيفية تقديم خدمة ما بعد البيع وذكر الضمانات التجارية القانونية والاتفاقية تحديداً .

خامساً – مدة العقد :

نصت الفقرة التاسعة من البند الرابع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية على ضرورة تحديد مدة العقد إذا كان موضوعه التوريد الدوري أو الدائم *la fourniture durable ou périodique* بسلعة أو خدمة .

سادساً – حق العميل في الإعلام^(١٧٢) :

علاوة على حق المستهلك في الإعلام الرئيسي المتعلق بالمنتجات المعروضة وثمنها ، فإننا نصادف في عقود التجارة الإلكترونية شروطاً في غاية التدويع هنا وهناك ، كالإعلام بقوانين المعلوماتية والحريات ، فيطالعنا في الشروط العامة للمركز التجاري *Surf and buy d'IBM Europe* تحت عنوان *commandes* ، أنه «يكون العميل وفقاً للقانون رقم ١٧ الصادر في ٦ يناير ١٩٧٨ الخاص بالمعلوماتية والسجلات والحريات^(١٧٣) ، الحق في الاطلاع على البيانات الخاصة به والتحقق منها . ولا يجوز الاحتفاظ بالبيانات الخاصة ببطاقته المصرفية إلا للمدة اللازمة للتعامل مع الطلب . أما البيانات الخاصة بالتعريف به فيحتفظ بها مركز *Surf and buy* خلال مدة التعامل ولا يجوز نقلها إلى متجر مشارك آخر غير ذلك الذي تعامل معه العميل إلا بناء على طلبه .

كما تحرص بعض العقود على إعلام العميل بشأن الأعباء الضريبية والجمارك التي يحتمل أن يتحملها وذلك بطريقة مفصلة جداً كما هو الحال في بعض العقود الأمريكية ، بل قد تصل الرغبة في إعلام المستهلك إلى حد مثير للدهشة مثل الحرص على الإعلام بشأن قانون الاستهلاك على موقع *Netachat* والذي يشير إلى بعض المواقع القانونية مثل الإدارة العامة للمنافسة والاستهلاك بوزارة الاقتصاد والمالية وموقع آخر لأحد ناشري التقنيات .

ويرتبط بهذه المسألة ضرورة أن يحاط العميل علماً وأن يوافق على إفشاء البيانات الخاصة به فوراً بالبند الثالث عشر من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية أنه يجب تحديد ما إذا كان

المستهلك قد وافق صراحة أو اعترض صراحة على استعمال بياناته الاسمية التي تم تلقيها بمناسبة هذا العقد كمؤشر على مدى عنصر الاتصال بالعملاء الخاص بالتاجر ، ويستهدف هذا النص كما هو واضح حماية أسرار المستهلك أو خصوصياته إذا أراد التاجر استعمالها كوسيلة للدعاية عن اتساع أعماله ، كما حرص العقد النموذجي على الإشارة إلى أنه يحق للمستهلك الاطلاع عليها والتحقق من صحتها في أى وقت وذلك وفقاً للقانون رقم ١٧ لسنة ٧٨ الصادر في ٦ يناير ١٩٧٨ (١٧٤) ، وقد تصدى لهذه المسألة التوجيه الأوروبي رقم ٦٦ لسنة ١٩٩٧ الصادر في ١٥ ديسمبر ١٩٩٧ والخاص بمعاملة البيانات ذات الطابع الشخصي وحماية الحياة الخاصة في قطاع الاتصالات (١٧٥) .

الفرع الثانى

صحة التراضى

غنى عن البيان أنه يشترط لصحة التراضى أن تكون الإرادة خالية من العيوب ، وأن تكون صادرة عن كامل الأهلية ، وفيما يخص عيوب الإرادة فلم نجد بشأنها فيما طالعناه من مراجع ما يعد من أوجه الخصوصية فى التعاقد عبر الإنترنت^(١٧٦) ، ويبدو أن الأمثلة التى يطرحها بعض الفقه لعيوب الإرادة فى العقد عبر الإنترنت ، لا تخرج عن كونها أمثلة تقليدية تستوعبها القواعد العامة فى الغلط والتدليس فيضرب البعض مثلاً تقليدياً للخط وهو أن يتبين للمشتري الذى أبرم العقد عبر الإنترنت عند تسليمه المبيع أنه ليس متفقاً مع ما توقعه أو أنه ليس صالحاً للاستعمال الذى اشتراه من أجله ، وهنا يستطيع المطالبة بإبطال العقد استناداً لنظرية الغلط ، كما يضرب مثلاً آخر للتدليس فى العقد المبرم عبر الإنترنت وهو حالة الإعلان المضلل بشكل ظاهر على الإنترنت أو الوعد بواسطة رسالة إلكترونية بميزات وهمية تماماً وذلك بغرض إقناع الطرف الآخر بإبرام العقد بشروط معينة^(١٧٧) .

ويبدو لأول وهلة من الناحية العملية أن اعتبار العقد المبرم عبر الإنترنت من العقود التى تبرم عن بعد قد يقلل من الأهمية العملية لنظرية عيوب الإرادة فى هذا النطاق ، فسوف يسمح للمستهلك بإرجاع المنتج دون حاجة لإثبات وقوعه فى غلط أو تعرضه للتدليس خاصة وأن هذا الإثبات قد يكون صعباً بالنسبة للخط بصفة خاصة ، ولكن يبقى لتمسك المستهلك بالإبطال استناداً لنظرية عيوب الإرادة فائدته من عدة نواح أهمها أنه لن يتحمل فى حالة الإبطال بسبب وقوعه فى الغلط أو تعرضه للتدليس مصروفات النقل والتي أرى أن البائع سيتحملها فى هذه الحالة أو على الأقل فى حالة التدليس ، كذلك فلن يستطيع البائع وبصفة خاصة فى حالة التدليس أن يتمسك بالشروط التى تحظر إرجاع السلعة أو تقيد ذلك الإرجاع بشروط معينة ، كذلك سيكون للمستهلك الرجوع على البائع بالتعويض فى حالة التدليس على أساس العمل غير المشروع ، كما أن المستهلك سوف يستفيد بالمدة المقررة لرفع دعوى الإبطال بسبب عيوب الإرادة وهى تتجاوز بكثير المدة المقررة لاستعمال الحق فى الرجوع فى العقد . ومن هنا نجد أن رخصة الرجوع المقررة للمستهلك فى العقود المبرمة عن بعد قد لا تحقق فى الكثير من الحالات الفوائد التى قد يحققها التمسك بالإبطال بسبب عيوب الإرادة .

أما عن الأهلية فى التعاقد عبر الإنترنت فقد تثير بعض المشاكل^(١٧٨) ، وأهمها أنه سيكون من الصعب على البائع عن بعد التحقق من أهلية المتعاقد الآخر على الشبكة ، وهى مشكلة حقيقية تظهر دائماً فى العقود التى تبرم دون حضور مادى للأطراف كما هو الحال بالنسبة للعقود الإلكترونية ، ويرى البعض هذا أنه ينبغى ترجيح مصلحة المهيئين وذلك تطبيقاً لنظرية الظاهر ، وعلى سبيل المثال إذا سرق قاصر البطاقة المصرفية الخاصة بأحد والديه واستعملها فى التعاقد فيتعين حماية مصلحة التاجر وعدم السماح بإبطال العقد لنقص أهلية المتعاقد معه^(١٧٩) ، فيجوز للبائع أو مقدم الخدمة أن يتمسك بأن القاصر قد توافر به مظهر صاحب البطاقة المصرفية ومن ثم مظهر الشخص الراشد ، وهو الحل الذى ندعو إلى تبنيه لحماية مصلحة التاجر من إهمال الراشدين فى مراقبة القصر فى هذا الشأن ، كما يستطيع من تعاقد من القاصر بحسن نية فى الرجوع على هذا القاصر على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية وليس العقدية فى القانون الأمريكى ، وهو ما يأخذ به القانون المصرى أيضاً فقد نصت المادة ١١٩ من القانون المدنى المصرى على أنه «يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض ، إذا لجأ لطرق احتيالية ليخفى نقص أهليته، ومن ثم فإن من مصلحة الوالدين مراقبة استعمال أبنائهم للإنترنت وذلك بالحفاظ على كلمة السر الخاصة بهما والتى تستعمل للدخول على الشبكة»^(١٨٠) ، وكذلك بالمحافظة على بطاقتهم المصرفية والرقم السرى الخاص بها .

المبحث الثاني محل العقد الإلكتروني^(١٨١)

يشترط في محل العقد بصفة عامة أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وأن يكون مشروعاً وأن يكون موجوداً أو ممكناً ، ولا يبدو لنا وجود شيء من الخصوصية في الشرط الأخير فيما يخص العقد الإلكتروني وإذ ذلك فإننا سنقتصر على ما يتعلق بالشرطين الأول والثاني بشأن هذا العقد .

أولاً - أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين^(١٨٢) :

حرصت العقود المتداولة على النص على هذا الشرط ، وقد أكد العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية على وجوب تحديد الصفات الرئيسية للسلع والخدمات المعروضة^(١٨٣) .

ويتم وصف المنتجات محل التعاقد عادة على الخط أى على الشبكة نفسها ، وغالباً ما يكون الوصف مصحوباً بصورة كما هو الحال في الكتالوج الورقي التقليدي .

كما يلاحظ أن المشتري المحتمل يتلقى بعض الرسائل التي تتضمن تأكيداً لجودة المنتجات المعروضة عليه ، ويبدو أن هذه المسألة تتسم بطابع إعلاني أكثر من اعتبارها التزاماً قانونياً يقع على عاتق البائع ، ولكنها قد تتمتع بقيمة قانونية إذا نظر إليها باعتبارها التزاماً من التاجر بالجودة ، ومن ذلك ما ورد بدليل مشتريات المركز التجاري Paris Duty Free : «نظراً لحسن اختيارنا ، ولسمعة والشهرة الدولية لكل الماركات المعروضة على هذا الموقع ، فإن كل المعروضات تتمتع بجودة لا يشوبها عيب^(١٨٤) ، ومصنوعة في الغالب بطريقة تقليدية من أجل أن تحقق لك الجودة التي لا غنى عنها» .

وعلى الرغم من ذلك ، يلاحظ بصفة عامة أن العقود المتداولة تحرص على التأكيد على أنه من الممكن أن يحدث اختلاف بين وصف المنتج وبين ما هو عليه في الواقع ، ومن ذلك ما ورد بدليل المشتريات السابق Paris Duty Free من أنه «يتم وصف وتقديم القطع التي نعرضها للبيع في كتالوجاتنا بأكبر قدر من العناية والدقة ، ورغم ذلك فلسنا مسؤولين عما قد يقع من غلط في هذا الشأن» ، كما نصت الشروط العامة للمركز التجاري Infonie على «أننا نبذل قصارى جهدنا في وصف وتقديم المعروضات بأكبر قدر من الدقة ، ومع ذلك فقد يضطر المورد إلى تعديل السلعة

تعديلاً طفيفاً وبصفة خاصة من أجل تحسين جودتها . ومن ناحية أخرى ، وعلى الرغم من كل ما نتخذه من احتياطات ، فإذا حدث غلط في هذا الشأن فلن نكون مسئولين عن ذلك ، فارجو أن تقرأ بعناية أوصاف المعروضات إذ أننا نقدمها كما وصلنا من المورد،^(١٨٥) ، ويجب أن نؤكد هنا أنه إذا كان بوسع البائع دائماً أن يضع هذا الشرط الذى يعفيه من المسئولية فى هذه الحالة ، فإن هذا الشرط لا يسرى إذا ارتكب البائع غشاً أو خطأ جسيماً وهو ما نصت عليه المادة ٢١٧(٢) من القانون المدنى المصرى ، وما استقرت عليه أحكام محكمة النقض الفرنسية^(١٨٦) .

ويلاحظ أن القانون الأمريكى يتضمن فى هذا الصدد ما يسمى بالضمان الصريح *garantie expresse* ومن صورة حالة التعاقد بناء على عينة مقدمة من البائع بحيث أنه إذا اعتبرت العينة بمثابة صورة لصفات المنتج النهائى ، فإن المشتري يتمتع بضمان المطابقة بين المنتج النهائى والعينة وهو ما نصت عليه المادة (٢-٣١٣ Ic) من تقنين التجارة الأمريكى الموحد ، وهكذا يمكن القول أن وصف المنتجات على الشبكة يمكن أن يعد من قبيل الضمان الصريح إعمالاً للمادة (٢-٣١٣ b) من ذات التقنين وذلك إذا اعتمد المشتري على هذا الوصف بصفة رئيسية ، ومن هنا ، فإن أى إشارة يتم إدائها فى أى موقع تجارى على شبكة الإنترنت بشأن جودة المنتج أو ثمنه أو صفة جوهرية أخرى ، يمكن أن تعد من قبيل الضمان الصريح وذلك بقدر تأثيرها على إرادة المشتري^(١٨٧) .

ويبدو لنا أنه من الجائز القول بأن القانون المدنى المصرى يأخذ بذات الحل السابق فى ظل أحكام البيع بالعينة التى نص عليها ، فقد نصت المادة ٤٢٠ (١) منه على أنه إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها ، ورغم ما قد يثور من اعتراض بشأن اعتبار وصف المبيع على شبكة الإنترنت من قبيل البيع بالعينة باعتبار أن المشتري لم يتسلم عينة بالفعل ، إلا أنه يجوز الأخذ بهذا الحل ولو على سبيل التفسير الواسع لأحكام البيع بالعينة فى ظل الرأى القوى الذى يرى أن العينة ليست إلا طريقة من طرق تعيين المبيع^(١٨٨) .

ثانياً - أن يكون المحل مشروعاً^(١٨٩) :

نصت المادة ١٣٥ من القانون المدنى المصرى على أنه :إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً ، فينبغى أن يكون محل العقد مشروعاً فلا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب أو لنص قانونى يمنع التعامل فيه ، والأصل أنه يجوز التعامل فى كافة الأشياء والخدمات ما لم يحظر القانون ذلك ، وهو المبدأ المسمى بمبدأ حرية التجارة^(١٩٠) ، ويستثنى من ذلك بعض النصوص الخاصة التى تنص على بعض القيود على التجارة ومن ثم فإنها تطبق أيضاً على التجارة الإلكترونية .

إذن فحرية البيع والتعامل عبر الإنترنت هي القاعدة ، ويؤكد ذلك ما تنص عليه المادة ١٥٩٨ من التقنين المدني الفرنسي من أنه : «يجوز أن يكون محلاً للبيع كل ما يدخل في التعامل ما لم تحظر بعض القوانين الخاصة بالتصرف فيه»^(١٩١) ، وكما أوضحت المادة سالف الذكر، فإن القانون المصري وكذلك الفرنسي يفرض بعض القيود على مبدأ الحرية سالف الذكر كاستثناءات عليه وذلك بهدف الحفاظ على النظام العام ، وحماية المستهلكين ، والمصلحة القومية^(١٩٢) .

ويتنص معظم القوانين على أن محل العقد يجب أن يكون مشروعاً وألا يخالف النظام العام أو الآداب ، وإلا كان العقد باطلاً وهو ما يأخذ به القانون المصري والفرنسي وكذلك الأمريكي ، ومن الواضح أن بعض المواقع على الإنترنت تخالف هذا الشرط الذي يحرص القضاء على تطبيقه بدقة متناهية ، مثل المواقع التي تقدم صوراً خلية أو يباشر عليها القمار^(١٩٣) .

وعلاوة على ذلك ، توجد بعض النصوص الخاصة التي تقيد من بيع بعض الأموال أو الإعلان عنها ، ومن ذلك القيود التي يفرضها القانون المصري على تجارة الأدوية وفقاً للمادة ٧٠ وما بعدها من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٥٥ في شأن مزاولة مهنة الصيدلة والتي تتمثل بصفة أساسية في عدم تداولها إلا عن طريق الصيدليات المرخص لها بذلك ، كما تحظر المادة L.589 من تقنين الصحة العامة الفرنسي على الصيدالة مباشرة تجارة أو توزيع الأدوية في الموطن إلا بناء على طلب مباشرة يتلقونه من المشتري . كذلك فإن المادة L.512 من ذات التقنين تخص الصيدالة دون غيرهم بتحضير وبيع عدد معين من المنتجات ، وهكذا يبدو أنه توجد بعض القيود القوية على التجارة الإلكترونية في المنتجات الدوائية^(١٩٤) . فيمكننا القول مثلاً أن عرض المنتجات الدوائية في مواقع تجارية على شبكة الإنترنت بحيث يمكن للمستهلك شراءها بأمر يصدره من موطنه ، يدخل في مدلول تجارة أو توزيع الأدوية في الموطن وهو ما لا يجوز ، إذ أننا مهما حاولنا التوسع في تحديد مفهوم الصيدلية المرخص بها قانوناً ، فلن نستطيع أن تشبه هذه المواقع بالصيدليات المرخص لها ببيع الأدوية .

ومن ذلك أيضاً أن الأصل في القانون المصري والفرنسي أنه لا يجوز بيع الأسلحة النارية إلا في الحالات المحددة على سبيل احصر^(١٩٥) . وبعد الحصول على الترخيص اللازم لذلك ، وهو ما يثير مشكلة طالما أن العديد من المواقع على الإنترنت تعرض للبيع بعض الأسلحة النارية التي يتم التعامل فيها بحرية كاملة في الولايات المتحدة الأمريكية مثلاً وهو ما يخالف القانونين الفرنسي والمصري في هذا الشأن .

إلا أن الشك يثور بشأن فعالية مثل هذه القيود ذات الطابع الوطني في ظل الطابع العالمي للشبكة التي لا تخضع لأى نوع من الرقابة والدليل على ذلك هو حدوث عدد لا يستهان به من التجاوزات التي قد تزيد بطبيعة الحال في المستقبل^(١٩٦) .

خاتمة

لقد حاولنا في هذه الدراسة أن نتناول موضوعاً حديثاً للغاية وهو التعاقد عبر الإنترنت ، بمنهج تقليدي للغاية يماثل ما جرى عليه الفقه التقليدي في تداوله لنظرية العقد بصفة عامة ولمختلف أنواع العقود ، ولم يكن دافعنا في ذلك فقط ما يتمتع به هذا المنهج التقليدي من بديان منطقي وقانوني قوى وسليم يجذب الباحثين في شتى أنواع العقود إلى استخدامه ، ولكن أيضاً رغبتنا في مقاومة الاتجاه الذى لاحظناه فى الكثير من المراجع الفرنسية التى تناولت هذا الموضوع من ميل إلى التحليل وبعد عن التأصيل ، وهدفنا فى ذلك واضح وهو محاولة إدخال هذا النوع من التعاقد تحت مظلة نظرية الالتزام دون إغفال لما يتمتع به من خصوصية تستند غالباً إلى تقنية فى غاية التقدم لم تكن موجودة على الإطلاق عند صياغة نظرية الالتزام العريقة .

هذا عن منهج الدراسة ، أما عن أهميتها العملية فقد لاحظنا أن المشكلة فى مصر لا تنحصر فقط فى محاولة حماية التعاقد عبر الإنترنت بقدر ما هى القصور فى حماية المستهلك تجاه المهنيين بصفة عامة ، وعدم وجود تنظيم قانونى لحماية المستهلك فى حالة التعاقد عن بعد بصفة خاصة ، ولذلك فإن ما يطرحه التعاقد عبر الإنترنت فى مصر ليس فقط حماية التعاقد عبر الإنترنت بل حماية المستهلك فى حالة التعاقد عن بعد ومن تطبيقاته التعاقد عبر الإنترنت ، مع البحث عن النظام القانونى الذى يمكن أن يطبق على التعاقد عبر الإنترنت فى ظل غياب التنظيم التشريعى وفى ظل تجربة عملية أقل ما يقال عنها أنها مازالت فى المهد ، ومن هنا كان علينا أن نسلك الطريق المألوف للفقه المصرى وهو بحث المشكلة فى الفقه الأجنبى وبصفة خاصة الفقه الفرنسى لنقف على أبعاد المسألة من خلال تطبيق أكثر عملاً وانتشاراً .

وقد حاولنا من خلال هذه الدراسة تطبيق القواعد العامة فى نظرية العقد على ما يثيره إبرام العقد عبر الإنترنت أو ما يسمى بالعقد الإلكتروني أو عقد التجارة الإلكترونية من مشكلات ، كما حاولنا البحث عن القواعد الخاصة اللازمة لتكتملها إذا لم تكن كافية فى هذا الشأن ، وبصفة خاصة من أجل تحقيق حد معين من الطمأنينة لأطراف العقد المبرم عبر الإنترنت ، ومن أجل التوافق مع التقنية المتقدمة التى يتم هذا التعاقد من خلالها .

ونظراً لتعدد الموضوعات التي يمكن تناولها تحت عنوان التعاقد عبر الإنترنت بما لا يتسع له بحث واحد ، فقد قصرنا دراستنا هنا على مسألة انعقاد العقد عبر الإنترنت ، ولم يكن من الممكن أن نتناول هذا الموضوع دون أن نسبق ذلك بالضرورة بمحاولة لتعريف العقد الإلكتروني أو العقد المبرم عبر الإنترنت ، وبمنظرة عملية تتناول الواقع العملي في هذا الشأن .

وقد تناولنا من خلال هذه النظرة العملية العقود الإلكترونية المتداولة في العمل ، وأهمها العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين ، وكذلك العقود الخاصة بالمراكز التجارية الافتراضية التي أشرنا إليها خلال الدراسة .

ثم انتقلنا إلى تعريف العقد الإلكتروني ورأينا أنه يمكن تعريفه بأنه اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية ، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل . ولم نغفل الإشارة إلى أن هذا العقد يتم عن بعد ، وهو بذلك ينتمي لطائفة العقود عن بعد ، ومن ثم يجب أن يحترم القواعد الخاصة بها ، وبصفة خاصة تلك الخاصة بحماية المستهلك إذا انعقد العقد بين مهني وبين طرف ثان لا يتعاقد في نطاق نشاطه المهني ، وذلك مراعاة للطبيعة الخاصة لهذه العقود ، التي تؤدي بالبداية إلى اختلاف أحكامها عن العقود التي تبرم بين حاضرين ، ومن ذلك على سبيل المثال صعوبة التحقق من أهلية المتعاقد الآخر وصفته في التعاقد ، وأن المستهلك لن يكون بوسعه الحكم الدقيق على السلعة التي يتعاقد عليها ، وذلك مهما بلغ وصف البائع لها من دقة وأمانة ، وهو ما يبرر بصفة خاصة التركيز على إعطاء المستهلك رخصة الرجوع في العقد خلال مدة معينة تحسب عادة من تاريخ تسلمه للمنتج الذي تعاقد عليه .

وإكمالاً لتعريف بالعقد الإلكتروني فقد حاولنا بعد ذلك تمييزه عن بعض العقود بالنظر إلى الطريقة التي ينعقد بها ، مثل عقد البيع التقليدي والسعي لإبرام العقود في الوطن وعن العقود التي تتم عن بعد مثل التعاقد عبر التلفزيون ، ورأينا أنه على الرغم من انتماء العقد المبرم عبر الإنترنت للعقود عن بعد ، فإنه يتمتع بسمه تميزه عن غيره من هذه العقود وهي صفة التفاعلية التي تسمح بنوع من الحضور الافتراضي المتعاصر بين المتعاقدين ، كما تسمح هذه الصفة بتسليم بعض الأشياء وأداء بعض الخدمات فوراً على الشبكة مثل الحصول على معلومات أو برامج كمبيوتر ، كما تسمح من ناحية أخرى بالوفاء على الخط أو الشبكة . كما حاولنا تمييز عقد التجارة الإلكترونية عن العقود المحيطة به في البيئة الإلكترونية واللازمة لتحقيقه وأهمها عقد الدخول إلى الشبكة ، وعقد الإيجار المعلوماتي وعقد إنشاء المتجر الافتراضي .

وقد رأينا أن أوجه الخصوصية في انعقاد العقد الإلكتروني تنحصر في ركني التراضي والمحل ، فبدأنا بالتراضي حيث تناولنا أوجه الخصوصية بشأن الإيجاب في هذا العقد وأهمها أنه غالباً ما يكون عاماً غير موجه لأشخاص معينين وهو ما قد يؤثر بعض المشاكل للبائع وأهمها مدى يسار العميل الذي يكون مجهولاً عند صدور الإيجاب ، وكذلك مشكلة نفاد المخزون إذا قبل العرض عدد كبير من مستعملي الشبكة ، ولذلك يكون من الأفضل في هاتين الحالتين لمصلحة التاجر أن يحتفظ بإمكانية الرجوع فيه بحيث لا يكون ملتزماً بموجب هذا العرض الذي كان سيكفي مجرد قبوله لانعقاد العقد لو لم يحتفظ بمكنة الرجوع فيه . كما رأينا أنه يتعين لمواجهة الطابع العالمي لشبكة الإنترنت أن تتحلى التشريعات الوطنية ببعض المرونة بشأن اشتراط التعبير عن الإيجاب باللغة الوطنية . ولا حظنا أيضاً ما جرى عليه العمل في العقود المتداولة من النص على تحديد نطاق جغرافي معين لمصاحبة الإيجاب بحيث لا يعرض التاجر نفسه لمشقة تسليم المنتجات في أماكن نائية ولكي لا يعرض نفسه للخضوع لأنظمة قانونية لم يألف التعامل في ظلها .

أما عن القبول في العقد الإلكتروني فقد تناولنا أهم الطرق الخاصة للقبول فيه ، فرأينا أنه ينبغي الحذر بشأن تطبيق الحالات الاستثنائية التي يعد فيها السكوت قبولاً بشأن القبول عبر الإنترنت ، فلا يمكن القول بأن العرف يلعب دوراً فعلياً في التعاقد عبر الإنترنت حتى وقتنا هذا وذلك نظراً لحدائث هذا الشكل من أشكال التعاقد ، أما عن تحض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه فهي حالة تتضمن عملاً من أعمال التبرع دون أي التزام يقع على عاتق من وجه إليه الإيجاب ، وهو فرض غير مألوف على الإنترنت ، أما عن حالة التعامل السابق بين المتعاقدين وهي الحالة التي تصادفنا كثيراً في التعاقد عبر الإنترنت ومثال ذلك اعتماد العميل على شراء بعض السلع من أحد المتاجر الافتراضية ، فقد يؤدي تطبيقها في ظل تقنية البريد الإلكتروني إلى فرض التعاقد على المستهلك الذي قد لا يكون راغباً في التعاقد فعلاً ولذلك فقد رأينا أن ظرف التعامل السابق لا يكفي في التعاقد عبر الإنترنت لاعتبار هذه الحالة من حالات السكوت الملاصق ، بل يجب أن يقتصر بهذا السكوت وبهذا التعامل السابق ظرف آخر يرجح دلالة السكوت على قبول العميل للتعاقد .

كما تساءلنا بشأن القبول أيضاً عما إذا كانت مجرد ملامسة من وجه إليه الإيجاب لأيقونة «القبول» أو الضغط عليها يعد كافياً للتعبير عن القبول ، إذ قد يحدث ذلك نتيجة لخطأ اليد ورأينا أنه ينصح بأن تتضمن عبارات التعاقد رسالة قبول نهائية بحيث يتم التعبير عن القبول بلمستين وليس بلمسة واحدة تأكيداً لتصميم من وجه إليه الإيجاب على قبوله . كما ناقشنا القيمة القانونية لما تتطلبه بعض العقود من تأكيد بالإضافة للقبول .

وتناولنا أيضاً مسألة ما إذا كان التحميل عن بعد لأحد برامج الكمبيوتر يعد طريقة معقولة للقبول بحيث يترتب على القيام به انعقاد العقد ، ورأينا أنه لا مانع من ذلك وأن ما يثيره البعض بشأنه يتعلق في الحقيقة بمشكلة عدم علم العميل مسبقاً ببعض الشروط العقدية . كما ناقشنا مسألة مدى كفاية القبول لانعقاد العقد مع اشتراط التأكيد من جانب التاجر .

ثم تحدثنا أخيراً في تحديد لحظة القبول ورأينا أنه لا محل للسير وراء الفقه التقليدي في تناوله لهذه المسألة بشأن التعاقد بين الغائبين أو بالمراسلة بصفة عامة ، إذ أن الفارق الزمني بين التصدير والتسلم لا يكاد يكون محسوساً على شبكة الإنترنت ورأينا أن التصرفات الإلكترونية هي تصرفات فورية ومتعاصرة رغم أنها تتم عن بعد ، كما لاحظنا أن تفاوت الحل بين التشريعات الوطنية في هذه المسألة قد يؤدي لبعض المشاكل في ظل الطابع الدولي للشبكة .

ولم نغفل تناول بعض العناصر الهامة التي يتم التراضي عليها في العقد الإلكتروني وهي الثمن والتسليم والتنظيم التفصيلي لحق العميل في الرجوع في العقد من الناحية العملية وحق العميل في الضمان ومدة العقد وحق العميل في الإعلام .

واختتمنا موضوع التراضي في العقد الإلكتروني بالحديث في صحة التراضي في هذا العقد ، ورأينا أن نظرية عيوب الإرادة تحتفظ بأهميتها في هذا الشأن رغم وجود الرخصة المقررة للمستهلك للرجوع في العقد ، إذ تحقق له العديد من الفوائد التي لا يحققها له مجرد استخدامه لهذه الرخصة . أما عن الأهلية في التعاقد عبر الإنترنت فرأينا أن أهم ما تثيره من مشاكل هو صعوبة تحقق البائع من أهلية المتعاقد الآخر على الشبكة ، وأيدنا ضرورة تبني نظرية الظاهر في هذا الشأن واعتبار العقد الذي أبرمه القاصر صحيحاً إذا ظهر على الشبكة بمظهر الشخص الراشد حماية لمصلحة التاجر من إهمال البعض في رقابة القصر في استعمالهم لشبكة الإنترنت .

أما بشأن محل العقد الإلكتروني فقد تناولنا شرط تعيين المحل أو قابليته للتعيين ، وذلك من خلال ما يحدث عملاً من وصف للمنتجات على الشبكة ، وما يحدث من النص في العقود المتداولة على إعفاء البائع من المسؤولية عما قد يحدث من تفاوت بين الوصف وحقيقة السلعة عند تسلمها وأكدنا أن هذا الشرط لا يسرى إذا ارتكب البائع غشاً أو خطأ جسيماً ، كما رأينا أنه يقع على البائع في هذا الشأن التزام بالمطابقة وذلك أخذاً بالحكم المقرر في حالة البيع بالعينة . كما تناولنا أيضاً شرط مشروعية المحل ولاحظنا أنه قد يثير الشك بشأن فعالية القيود التي يفرضها القانون الوطني في هذا الشأن في ظل الطابع العالمي للشبكة التي لا تخضع لرقابة فعالة من سلطة وطنية معينة .

ونعتقد أن ما ما توصلنا إليه من نتائج في هذه الدراسة قد يصلح أساساً يعتمد عليه المشرع عند وضعه لنظام خاص بالتعاقد عبر الإنترنت وبالتعاقد عن بعد بصفة عامة .

هوامش

(١) MERIT NETWORK INC., IBM et NCI.

(٢) وهو ذات العام الذى بدأت فيه التطبيقات الأولى لاستخدام الشبكة فى الأغراض التجارية :

Thomas A. MARTEN : Table ronde : Enjeux et défis du commerce électronique, Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Organisé conjointement par l'Institut de formation continue du Barreau de Paris (l'IFC), l'Ambassade des États-Unis et le centre de recherche sur le droit des affaires de la chambre de commerce et d'industrie de Paris (le CRE DA), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 33.

(٣) راجع فى هذا التطور :

Olivier HANCE et Suzan DIONNE-BALZ : Business et droit d'Internet, 1997 p. 33.

وراجع تفصيلاً فى الفوائد العديدة التى تحققها شبكة الإنترنت فى العديد من المجالات : ذات المرجع ص ٤٤ وما بعدها ، ونخص بالذكر مجالات المعاملات التجارية ص ٤٤ ، والاتصالات الخارجية والداخلية ص ٤٧ ، والبحث عن المعلومات وتطويرها وتبادلها فى الصناعة ص ٤٨ ، وفى إدارة شئون الأفراد والتوظيف ص ٤٩ . وراجع أيضاً فى النشأة التاريخية لشبكة الإنترنت وفوائدها بطيعة عامة :

Thierry PIETTE-COUDOL et André BERTRAND : Internet et la loi, DALLOZ, 1997 p.3 et s.

محمد فهمى طلحة ومصطفى رضا عبد الرهاب وجمال عبد المعطى وعلاء الدين محمد فهمى : الإنترنت ... طريق المعلومات السريع ، مجموعة كتب دلتا ١٩٩٦ ص ١٧ ، استيفين كاليهان : أنشئ أول صفحة ويب فى عطلة الأسبوع Create your first Web page in a week end ، ترجمة بالعربية ، دار الفاروق للنشر والتوزيع ١٩٩٩ ص ١٧ ؛ أحمد سامى ربحان وخالد العامرى : الإنترنت ... أسرار الإبداع والترويج من الشبكة للمبتدئين والمحترفين ، دار الفاروق ، الطبعة الثانية ١٩٩٩ ص ١٠ وما بعدها ؛ آلان سيمبسون : الإنترنت ... استعد ، انطلق To Go : Internet ، ترجمة عربية ، الدار العربية للعلوم ١٩٩٩ ص ١٣ وما بعدها ؛ محمد السعيد رشدى : الإنترنت والجوانب القانونية لتنظيم المعلومات ، بحث منشور بمجموعة أبحاث المؤتمر العلمى الثانى لكلية الحقوق جامعة حلوان والمنعقد تحت عنوان : الإعلام والقانون فى ١٤ - ١٥ مارس ١٩٩٩ ص ١١ وما بعدها .

(٤) آلان سيمبسون ، السابق ص ٢٥ .

(٥) آلان سيمبسون ، السابق ص ١٦ ، ١٧ ، مع ملاحظة أن أجهزة الكمبيوتر الحديثة تشتمل غالباً على هذا الجهاز .

(٦) راجع فى هذه الخدمة تفصيلاً : آلان سيمبسون ، السابق ص ٦٦ وما بعدها ، محمد فهمى طلحة وآخرين ، السابق ص ١٧٥ وما بعدها .

(٧) على سبيل المثال : محمد فهمى طلحة ، وآخرين ، السابق ص ١٧٥ .

(٨) راجع : آلان سيمبسون ، السابق ص ٦٧ .

- (٩) راجع : آلان سيمبسون ، السابق ص ٦٨ .
- (١٠) راجع في هذه الخدمة تفصيلاً : آلان سيمبسون ، السابق ص ١٢٧ وما بعدها .
- (١١) راجع : آلان سيمبسون ، السابق ص ١٢٩ .
- (١٢) راجع في هذه الخطوط تفصيلاً : آلان سيمبسون ، السابق ص ١٣٥ وما بعدها .
- (١٣) التقرير السلوى الصادر عن l'UFB Locabail وذلك بعنوان :
l'équipement informatique des PME-PMI françaises
- مذكور في تقديم للعقد النموذجي للتجارة الإلكترونية والذي سنشير إليه لاحقاً والوارد نصه في :
La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, N° 41, 8 octobre 1998, p. 1579 et s.
- وراجع أيضاً بعض الإحصاءات حول تطور الأهمية الاقتصادية للتجارة الإلكترونية :
- Pierre REBOUL et Dominique XARDEL : Commerce électronique, Techniques et enjeux, EYROLLES, 1997, p.1. ; Thierry PIETTE-COUDOL et André BERTRAND, Internet et la loi, DALLOZ, 1997, p. 177.
- وإن كان البعض يشكك في الإحصاءات المطروحة في هذا الشأن ويدعو إلى أخذها ببعض الحذر ، راجع :
- Michel Vivant, Commerce électronique cherche droit, Droit et patrimoine, n°55, décembre 1997 p. 50.
- Michel FRANCK : Allocations d'ouverture, Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce (١٤)
électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Organisé conjointement par l'institut de formation continue du Barreau de Paris (l'IFC), l'Ambassade des États-Unis et le centre de recherche sur le droit des affaires de la chambre de commerce et d'Industrie de Paris (le CREDA), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p7.
- Robert PEARSON : Allocations d'ouverture, Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce (١٥)
électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p.8.
- (١٦) وقد استأثرت شركة واحدة هي شركة AOL (America on line) ، أكبر مقدمي خدمة الدخول على الإنترنت باثني عشر مليوناً منهم ، راجع :
- Joel REIDNBERG : L'expérience Américaine, Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 10.
- IBM Europe وهو التعريف الذي ذكر للمركز التجاري الإلكتروني Surf and buy الذي افتتحته شركة IBM Europe (١٧) في ١٥ أكتوبر ١٩٩٧ . راجع :
- Lionel COSTES : Aperçu sur le droit du commerce électronique aux États-Unis, Droit et patrimoine, n°55, décembre 1997 p.66.
- (١٨) راجع : Lionel COSTES ، السابق ص ٦٦ هامش ٨ .
- Lionel COSTES, op.cit.p.66, 67. (١٩)

(٢٠) راجع في حصر هذه المشكلات القانونية إجمالاً :

Bernard SAVONET : Table ronde : Enjeux et défis du commerce électronique, Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 31 et s.

وراجع في المبادرات التي بدأ اتخاذها في الولايات المتحدة الأمريكية لمواجهتها :

Thomas A. MARTEN : Table ronde : Enjeux et défis du commerce électronique, Gazette du Palais Dimanche 18 au Mardi 20 1998.

(٢١) راجع في مناقشة هذه المشكلات ومحاولة مواجهتها على المستوى الدولي :

Jérôme HUET : Aspects juridiques du commerce électronique : Approche internationale, Les petites Affiches, 26 Septembre 1997, n° 116, p. 6 et s.

(٢٢) راجع تفصيلاً في مشاكل الإثبات بشأن التجارة الإلكترونية :

Éric A. Caprioli, Preuve et signature dans le commerce électronique, Droit et patrimoine, n°55, décembre 1997 p. 57; Olivier Itéanu, HANCE et Dionno-Balz, op.cit P. 217; christiane Foralschuhl
Tableronde: Enjeux et défis du commerce électronique, Gazette du Palais - Dimanche 18 du Mardi 20 1998 P. 40 et s., Les contrats du commerce électronique, Droit et patrimoine, n°55 décembre 1997, p. 54 et s. Hance et Dionne - Balz, op.cit p.217; christiane Foralschuhl:
Tableronde: Enjeux et défis du commerce électronique, Gazette du Palais-Dimanche 18 du Mardi; 20 1998 p.40 et s., Lionel COSTES : Apports sur le droit du commerce électronique aux États-Unis, Droit et patrimoine, n°55, décembre 1997, p. 65; Alain BENSOUSSAN : Internet, aspects juridiques, HERMES, 1996, p. 67 et s.; Jérôme HUET : Le droit du multimédia, De la télématique à Internet, Rapport réalisé sous la direction de : Pierre HUET, AFTEL, 1996 (Cinqième partie : Le commerce électronique, par : Jérôme HUET) p. 234 et s.; Xavier LINANT de BELLEFONDS : La problématique Française, Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998, p. 17.

وأهم هذه المشكلات بطبيعة الحال هو ما تتطلبه القواعد العامة من ضرورة الكتابة للإثبات بالنسبة للتصرفات التي تجاوز قيمة معينة ، ومدى حجية ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني الإلكتروني ، وقد عرف مشروع التوجيه الأوروبي بشأن التوقيع الإلكتروني هذا التوقيع بأنه "توقيع رقمي يرتبط حتماً ببيانات يستعملها صاحب التوقيع وذلك تعبيراً عن قبوله لمحتوى هذه البيانات ويشترط أن تتحقق به الشروط التالية : (أ) أن يخص صاحبه وحده دون غيره (ب) أن يسمح بالتعرف على صاحبه (ج) أن يتم بوسائل تمكن صاحبه من الاحتفاظ به تحت سيطرته وحده دون غيره (د) أن يتم ربطه بالبيانات التي وقع به عليها بحيث يمكن اكتشاف أى تعديل لاحق لها ، كما أناط المشروع بأحد مقدمي خدمات المعلومات مهمة التحقق من نسبة التوقيع إلى صاحبه وتوافر الشروط السابقة به وذلك بأن يقدم شهادة رقمية معتمدة تتضمن نموذجاً للتوقيع يؤكد شخصيته وتوافر الشروط المذكورة به . راجع نص المشروع الذي أعد في ٨ مايو ١٩٩٨ : Un projet de directive européenne sur la signature électronique, Gazette du Palais - Mercredi 29, Jeudi 30 Juillet 1998 p.11.

وقد صدر هذا التوجيه بالفعل في ٣٠ نوفمبر ١٩٩٩ ، ولم تختلف صياغته النهائية كثيراً عما ورد بالمشروع السابق ، إلا أنه فريق بين نوعين من التوقيع الإلكتروني الأول هو التوقيع الإلكتروني بصفة عامة والثاني هو التوقيع الإلكتروني المتقدم avancée ، ولذلك فقد أورد تعريف التوقيع الإلكتروني السابق ذكره في مادته الأولى وخصص مادته الثانية لتعريف التوقيع الإلكتروني المتقدم وهو الذي تتوافر به الشروط سالفة الذكر :

راجع تفصيلاً :

Yann BERBAN, Marion DEPADT et Alain BENSOUSSAN : L' Europe à l'heure de la signature électronique, Gazette du Palais - Vendredi 14, Samedi 15 Janvier 2000 p. 17 et s.

وراجع في التوقيع الإلكتروني بصفة عامة : محمد المرسى زهرة : مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية ، بحث منشور ضمن مجموعة أبحاث مؤتمر «بالكمبيوتر والقانون» والذي نظمته كلية الحقوق بجامعة عين شمس في الفترة من ٢٩ يناير إلى أول فبراير ١٩٩٤ ؛ وراجع مشكلة الإثبات بشأن التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة بصفة عامة : محمد حسام محمود لطفى : استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها ، ١٩٩٣ .

(٢٣) ويهون البعض من المخاوف التي تثار حول مشكلة الوفاء عبر الشبكة باستخدام البطاقات المصرفية ، ويرى أن المخاوف في هذا الشأن قد ثارت في فرنسا فقط دون الولايات المتحدة الأمريكية ، ويدال على ذلك بأن إحدى المكتبات بها Amazon قد باعت أكثر من مليون نسخة من الكتب وذلك اعتماداً على أرقام البطاقات المصرفية للمشتريين فقط : 2 p. cit. REBOUL et XARDEL, op. cit. p. 2 ، بل أن البعض يهون من شأن هذه المسألة إلى حد القول بأن المخاطر التي يتعرض لها الوفاء عبر الإنترنت تقل عن تلك التي تحدث بمناسبة مختلف طرق التجارة والاستهلاك بصفة عامة . راجع :

Pierre BREESE : Table ronde : Enjeux et défis du commerce électronique, Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 31.

وراجع أيضاً في المشكلات التي يثيرها التعاقد عبر الإنترنت بشأن الوفاء :

Lionel COSTES, Transactions en ligne, palment électronique, galeries marchandes virtuelles, Bulletin d'actualité, Lamy droit de l'informatique, N°97, Novembre 1997 p.2 et s.; HANCE et DIONNEBALZ, op. cit. p. 156 et s.; Thierry PIETTE-COUDOL et André BERTRAND, op. cit. p. 193 et s.; Nicole TORTELLO et Pascal LOINTIER : Internet pour les juristes, DALLOZ, 1996, p. 155 et s.; Alain BENSOUSSAN : Internet, aspects juridiques, HERMES, 1996, p. 70 et s.; Jérôme HUET : Le droit du multimédia, De la télématique à Internet, Rapport réalisé sous la direction de : Pierre HUET, AFTEL, 1996 (Cinquième partie : Le commerce électronique, par : Jérôme HUET) p. 237 et s.

(٢٤) ولا تقتصر مشكلات الملكية الفكرية التي تثار بمناسبة انتقال المعلومات عبر الإنترنت على المشكلة التقليدية الرئيسية التي تتضمنها أغلب منازعات الملكية الفكرية وهي حماية صاحب الفكرة المبتكرة بل أن العمل قد طرح مشكلات لا يتصور حدوثها إلا على شبكة الإنترنت ومن ذلك ما جرى عليه العمل من أن من يسبق في تسمية موقع على الشبكة فإنه يكون صاحب الحق في هذه التسمية وهي الفكرة التي يعبر عنها باللغة الفرنسية, premier arrivé premier servi وقد ثارت المشكلة عندما تبين أن تسمية الموقع تماثل الاسم التجاري لإحدى الشركات ، ولكن الاتجاه العام للمحاكم الأمريكية قد رجح مصلحة صاحب الاسم التجاري ، راجع تفصيلاً :

Joël REIDNBERG, op. cit. p. 11; Marie-Emmanuelle HAAS : Les meta-tags comme moyen de générer du trafic sur Internet et la contrefaçon de marques, Gazette du Palais - Mercredi 29, Jeudi 30 Juillet 1998 p. 18 et s.

وهو ذات الاتجاه الذي سارت فيه المحاكم الفرنسية في حكمين حديثين لها حيث قضت محكمة باريس الابتدائية بأن استخدام تسمية Galeries Lafayette الخاصة بسلسلة المحلات الفرنسية الشهيرة كتسمية لموقع لا يخصها على شبكة الإنترنت يعد من قبيل الاعتداء على اسم هذه الشركة التجاري المعروفة به في كل أنحاء العالم وهو ما قضت به أيضاً محكمة Nanterre الابتدائية لمصلحة شركة Lancôme لمستحضرات التجميل ، بل أنه يلاحظ في هذه الدعوى الأخيرة قد بلغت في حماية الاسم التجاري للشركة إذ أن اسم الموقع على شبكة الإنترنت كان Lancôme وليس Lancôme .

T.G.I Paris, 25 mai 1999 ; T.G.I Nanterre, ordonnance de référé, 16 septembre 1999 : Bertrand NOUEL, Olivier COUSI et Jean GASNAULT : Au fil du net, Actualités Juridiques des réseaux de communication, Gazette du Palais, Vendredi 7, Samedi 8 Janvier 2000 p. 10.

ولما كانت القاعدة المذكورة سالفاً - ورغم أن المحاكم الفرنسية والأمريكية لم تأخذ بها - قد نشأت نتيجة لا طراد العمل عليها في نطاق الإنترنت فقد دفع ذلك البعض إلى التساؤل بصفة عامة عما إذا كان من الممكن أن تنشأ قواعد عرفية في هذا المجال ؟ راجع تفصيلاً :

Anne COUSIN et Alain BENSOUSSAN : De la tradition et de la modernité, de la coutume sur Internet, Gazette du Palais - Vendredi 14, Samedi 15 Janvier 2000 p. 13 et s.

(٢٥) ومن ذلك على سبيل المثال ما قصت به محكمة باريس الابتدائية في حكم حديث لها من أن استعمال أحد الأشخاص لوسائل احتيالية لمعرفة كود الدخول إلى شبكة الإنترنت والخاص بشخص آخر واستخدامه في الحصول على خدمة معينة من إحدى الشركات يعد مكوناً لجريمة النصب ، مخالفة في ذلك بعض الأحكام السابقة بشأن خدمة الاتصالات المسماة Minitel ، راجع :

Cyril ROJINSKY : Note sous TGI Paris, 16 Décembre 1997, Gazette du Palais - Mercredi 29, Jeudi 30 Juillet 1998 p. 34 et s.

كما طرحت أيضاً مشكلة هامة بشأن الاختصاص الدعي للمحاكم بشأن دعاوى القذف والسب المرتكبة بواسطة الصحف ، وعما إذا كان ارتكاب هذه الأفعال عبر الإنترنت داخل في هذا النطاق أم لا ، راجع :

Anno COUSIN, Myriam MANSEUR-RIVET et Alain BENSOUSSAN : Quelques mots sur les règles de compétence applicables à la diffamation sur l'Internet, Gazette du Palais - Vendredi 14, Samedi 15 Janvier 2000 p. 21.

(٢٦) راجع تفصيلاً في مشكلة القانون واجب التطبيق بشأن الإنترنت والعقود المبرمة عن طريقها :

Christiane FÉRAL-SCHUHL : Table ronde : Enjeux et défis du commerce électronique, Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 39 et s.; Nicole TORTELLO et Pascal LOINTIER : Internet pour les Juristes, DALLOZ, 1996, p. 157 et s.

ومن الملأمن من أجل تحقيق استقرار التصرفات ، الاتفاق على تحديد القانون واجب التطبيق على العقد ، مع ملاحظة أن ذلك قد لا يكون كافياً للاحتياط بشأن القوانين الأجنبية المتعلقة بالنظام العام وبصفة خاصة قوانين حماية المستهلك ، ومن الناحية العملية ، تحرص العقود الخاصة بالمراكز التجارية الافتراضية وبصفة خاصة في العقود الأمريكية على تنظيم هذه المسألة ومن ذلك عقد Apple Store الذي ينص أحد شروطه العامة على أن تخضع كل عقود البيع التي يكون Apple Store طرفاً فيها لقانون كاليفورنيا، وتجنباً للتعقيدات التي قد تنشأ عن طرح نظرية الإحالة فقد أضاف ذات العقد عبارة «دون أي أثر لنصوص التنازع الواردة به» ، كما نص أحد الشروط العامة للمركز التجاري Surf and buy d'IBM Europe على أن يخضع هذا العقد للقانون الفرنسي، راجع تفصيلاً :

LAMY, Droit de l'informatique et des réseaux, 1998, n°2526 et s. p. 1484 et s., n°2549 p. 1492.

ونوره إلى أننا سوف نشير لاحقاً إلى الموسوعة سالفة الذكر باسم LAMY اختصاراً .

وقد ورد بالعقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية والذي سشير إليه لاحقاً أن الأطراف قد اتفقوا على خضوع هذا العقد للقانون الفرنسي وللتنظيم الخاص بالبيع عن بعد (المواد L. 121-20 à L. 121-16 من تقنين الاستهلاك) ،

والذي يتضمنه أيضاً التوجيه الأوروبي رقم ٩٧/٧ الصادر في ٢٠ مايو ١٩٩٧ والخاص بحماية المستهلكين في العقود عن بعد ، فالقانون الفرنسي الذي عينه العقد هو الذي يطبق من حيث المبدأ ، ولكن ذلك لا يستبعد أن يطبق القاضي الأجنبي - الذي قد يرفع المستهلك الذي ينتمي إلى بلد أجنبي الدعوى أمامه - قانوناً آمراً يحقق له حماية أكثر . (راجع البند الثاني من العقد النموذجي بعنوان القانون واجب التطبيق والتعليق عليه) . مع الملاحظة أن اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع لا تتضمن أي نص خاص ينظم العقود المبرمة عن بعد بالطريق الإلكتروني أو يواجه الصعوبات الخاصة التي يمكن أن تعرض في هذا الشأن . راجع :

Jérôme HUET : Aspects juridiques du commerce électronique : Approche International, Les petites Affiches, 26 Septembre 1997, n°116 p. 7.

وبطبيعة الحال فإن مشكلة القانون الواجب التطبيق قد طرحت بشكل خاص في الولايات المتحدة الأمريكية ، أكثر الدول استعمالاً لشبكة الإنترنت ، وذلك في شكل التنازع بين قوانين الولايات المختلفة ، راجع :

Joel REIDNBERG, op. cit. p. 12 .

(٢٧) راجع تفصيلاً في المشكلات التي تثيرها التجارة عبر الإنترنت من الناحية الضريبية :

Jean-Pierre LE GALL : La dimension fiscale, Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects Juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 22.

(٢٨) راجع بعض هذه المشكلات الاقتصادية ويصفه خاصة بالنسبة للمشروعات :

Isabelle FLAQUE-PIERROTIN : Table ronde : Enjeux et défis du commerce électronique, Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 28.

وقد وصفت التجارة الإلكترونية بأنها بمثابة انقلاب bouleversement بالنسبة للمشروعات سيؤثر عليها من عدة نواح أهمها : (١) زيادة المنافسة وهو ما سيؤدي إلى انخفاض الأسعار (٢) انخفاض الدور الذي تلعبه منافذ التوزيع التقليدية بجوار هذا المنافذ الحديث (٣) ضرورة أن تعيد المشروعات تنظيم أوضاعها لكي تندمج في هذا النسق المعلوماتي .

(٢٩) راجع في المشكلات التي تثيرها التجارة عبر الإنترنت من الناحية القانونية إجمالاً :

Pierre CATALA : Exposé Introductif, Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution, (De l'expérience des États - Unis aux perspectives Françaises, Aspects Juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 9.

وراجع أيضاً في تناول هذه المشكلات من ناحية المشروعات Joel REIDNBERG ، السابق ص ١١ وما بعدها ، ومن ناحية المستهلكين ص ١٣ وما بعدها .

(٣٠) راجع في هذه المسألة : LAMY, n°2543 p.1489, 1490 .

REBOUL et XARDEL, op. cit. p. 149, 170. (٣١)

Michel Vivant, Commerce électronique cherche droit, Droit et patrimoine, n°55, (٣٢) décembre 1997 p. 50.

وإن كان يحفظ على الإطلاق الوارد بعبارة السابقة بأن القانون لم يكن غائباً أبداً من الشبكات بل ولا يمكنه أن يغيب عنها . ويضيف البعض في ذات السياق أن وجود القانون الذي ينظم الإنترنت هو أمر يديهي وذلك طالما أنه يوجد أفراد خلف الأدوات يجب أن يتفق سلوكهم عبر الشبكة مع القانون بل ومع الأخلاق بقدر المستطاع :

Olivier HANCE et Suzan DIONNE-BALZ : Business et droit d'Internet, 1997, p. 33.

وراجع في ذات المسألة :

Alain BENSOUSSAN : Internet, aspects juridiques, HERMES, 1996 p.11.

ويبدو أن الأخير هو الأكثر تفاؤلاً في هذا الشأن ، فينفي بشدة مشكلة الفراغ القانوني بشأن الإنترنت ، ويضرب بذات الموضع أمثلة للعديد من التشريعات التي يمكن أن تخضع لها في فرنسا ، كما يضرب أمثلة للأجهزة الحكومية التي يمكن أن تتدخل بشأن الإنترنت وهي ذات الأجهزة المنوط بها تنفيذ هذه التشريعات . ذات المراجع ص ١٩ .

Joel REIDNBERG : L'expérience Américaine, Colloquo du 13 Mai 1998 : Commerce (٣٣) électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 10.

ويتنقد الأخير الاتجاه السائد في الولايات المتحدة الأمريكية وهو ترك المسألة في هذا الشأن بصفة أساسية للتنظيم التلقائي *autorégulation* ، ويرى ضرورة تدخل الدولة بالقدر اللازم لوضع تنظيم يحقق الأمان والثقة للمستهلكين وللمشروعات على حد سواء . ذات المرجع ص ١٤ . ومن الملاحظات الطريفة التي لاحظناها في هذا الشأن أن ظاهرة الازدواج في السياسة الأمريكية أو الكيل بمكيالين - والتي نعاني منها الكثير - قد ألفت بظلالها على مسألة ضرورة التدخل التشريعي أو تدخل الدولة بصفة عامة في تنظيم التجارة الإلكترونية فيقرر توماس أ. مارتن سكرتير سفارة الولايات المتحدة الأمريكية في باريس والمختص بشئون الاتصالات أن السياسة الأمريكية بشأن التجارة الإلكترونية تقوم على مبدئين ، الأول : أنه يتعين أن يكون زمام المبادرة بشأنها ممتعداً للقطاع الخاص ولا يرجع هذا لاعتبارات أيديولوجية بل لاعتبارات عملية وذلك لأن تكنولوجيا الإنترنت والتجارة والإلكترونية تتطور بسرعة لا تستطیع الأجهزة الإدارية بمطابعتها البطيء أن تلاحقها ، والثاني : ضرورة الاعتراف بالحاجة إلى إطار تشريعي يكفل الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية في المطلق الدولي ، ويتعين أن يكون تدخل الحكومات في إعداد هذا الإطار القانوني موحداً ومتسقاً بوصف الهدف والشفافية ، .

Thomas A. MARTEN : Table ronde : Enjeux et défis du commerce électronique, Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 34.

ويبدو بوضوح من خلال العبارة السابقة والواردة على لسان أحد المسؤولين الأمريكيين التناقض الصارخ بين تضيق الدور الذي يجب أن تلعبه الدولة على الساحة الداخلية في الولايات المتحدة الأمريكية وبين توسيعه على المطلق الدولي ، والهدف من ذلك واضح بطبيعة الحال وهو تقييد الاستفادة من التكنولوجيا الأمريكية في المطلق الدولي سواء لأغراض سياسية عديدة أو لأغراض اقتصادية أهمها حماية مصلحة الشركات الأمريكية العاملة في مجال تكنولوجيا المعلومات .

(٢٤) وقد ظهرت بوادر ذلك بوضوح مشروع موحد بشأن التجارة الإلكترونية في الولايات المتحدة الأمريكية ، كما أوصت اللجنة الأوروبية بأن يتم وضع النظام الخاص بهذه التجارة في عام ٢٠٠٠ كحد أقصى . راجع في هذا المعنى : Lionel Costes ، السابق ص ٦٧ . ونلاحظ هنا بأن اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للمنتجات تطبق على عقود البيع الدولية المبرمة عبر الإنترنت ، ومن أهم الآثار التي تترتب على ذلك هو تطبيق نص المادة ١١ من الاتفاقية والتي تنص على أنه ليس محتملاً أن يتم إبرام عقد البيع كتابة ، كما لا يشترط إبرامه في شكل معين ويجوز إثباته بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود ، ولكن يلاحظ أن هذه الاتفاقية لن تطبق على العقود التي تبرم بين طرفين يتواجد أحدهما على الأقل بدولة لم توقع على الاتفاقية وهو ما يقلل من فعاليتها في هذا الشأن إلى حد كبير . راجع : HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 154, 155.

(٣٥) راجع في هذا المعنى : Lionel Costes السابق ص ٦٧ .

(٣٦) وهو ما لاحظته بعض الفقه المصري منذ فترة ليست بالقصيرة ، ورأى في هذا الشأن ، أن الوسائل الفنية لقانون الالتزامات (القانون المدني المصري) عادت لا تفي بالحماية الكافية للمستهلك ، مما عنت الحاجة إلى صدور نصوص خاصة تنصف بمرونة أكثر ويجزاء أشد من القواعد القانونية التقليدية . السيد محمد السيد عمران : حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، دراسة مقارنة ، منشأة المعارف ١٩٨٦ ص ١٧٢ .

(٣٧) ويبدو أن هذا ما تشير إليه إحدى الدراسات المصرية على استحياء حيث ورد بها أن نمو التجارة الإلكترونية يتطلب «توافر بيئة قانونية مناسبة وتنقسم بالبساطة ، لذا يجب أن تقوم الجهات المختصة بدراسة قانونية وضع العقود عن بعد موضع التنفيذ» . للقرير الصادر على لجنة التجارة الإلكترونية بمركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار برئاسة مجلس الوزراء بعنوان «مقترح المبادرة المصرية للتجارة الإلكترونية» ١٩٩٩ ص ٢٤ .

(٣٨) Lionel COSTES, Transactions en ligne, paiement électronique, galeries marchandes virtuelles, Bulletin d'actualité - Lamy droit de l'informatique, N°97-Novembre 1997 p.2.

وراجع في ذات المعنى :

Isabelle POITIER . Le commerce électronique sur Internet, Gazette du Palais 4 Avril 1996 p. 298.

بل أن البعض يشير إلى أن المكانة التي يحتلها التعاقد عن طريق خدمة Minitel في فرنسا تعد بمثابة «الفرملة» التي لم تتمكن رغم وجودها من إغفاء التجارة عبر الإنترنت عن التوسع : Michel FRANCK, op. cit. p. 7. بل أن البعض يرى أن ظهور التجارة عبر خدمة Minitel في فرنسا في منتصف الثمانينات ، يعد بمثابة البداية للتجارة الإلكترونية :

Robert PEARSON : Allocations d'ouverture, Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects Juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p.8.

كما يشير البعض الآخر إلى أن بعض المشاكل التي تثار بمناسبة التجارة الإلكترونية قد سبق أن طرحت على نحو مقارب بالنسبة للتجارة عبر خدمة Minitel ، راجع :

Xavier LINANT de BELLEFONDS : op. cit. p.18.

وجدير بالذكر أن خدمة Minitel تحقق عن طريق جهاز يحمل ذات الاسم وقد شاع استخدامه في فرنسا على نحو واسع اعتباراً من النصف الثاني من الثمانينات ، وتتم هذه الخدمة عن طريق جهاز يشبه جهاز الكمبيوتر المنزلي ولكنه صغير الحجم نسبياً ويتكون من شاشة صغيرة ولوحة أزرار تشتمل على الحروف والأرقام مثل تلك الخاصة بالكمبيوتر ، وهو وسيلة اتصال مرئية تنقل الكتابة على الشاشة دون الصور أي أنه وسيلة اتصال بواسطة الكتابة ، ويكفي لاستعماله أن يوصل بخط التليفون ، وقد احتل مكانة هامة في عالم الاتصالات والمعلومات كما استخدم كما سبق القول كوسيلة لإبرام العقود أيضاً . راجع : أسامة أبو الحسن مجاهد : استخدام الحاسب الآلي في المجال القضائي بحكمة باريس الابتدائية ، مجلة القضاة عدد يناير - يونيو ١٩٩٠ ص ٦١ وما بعدها .

Lionel Costes : Aperçu sur le droit du commerce électronique aux États-Unis, Droit et patrimoine, n°55, décembre 1997 p.65.

مع ملاحظة أنه يطرح هذا التساؤل في ظل القانون الأمريكي للعقود .

(٤٠) راجع : HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p.34 ، وراجع تفصيلاً في هذه العقود ، ذات المرجع ص ٢٣٩ وما بعدها . كما أن إحدى الشركات العقارية الفرنسية وهي France Immobilier Network تعرض في موقعها على شبكة الإنترنت إبرام العديد من العقود أهمها عقود الإيجار والبيع والمقاولات . راجع :

Nicole TORTELLO et Pascal LOINTIER : Internet pour les juristes, DALLOZ, 1996, p.23.

(٤١) ويبنى هنا أن نزيل بعض الخلط الذى وقع فيه بعض الفقه الفرنسى بشأن اعتبار العقود المبزمة مع البائعين عبر الإنترنت من قبيل عقود الإذعان إذا كانت «الشروط العامة للبيع مذكورة بموقع التاجر بحيث لا يكون أمام زائر الموقع، المشتري المحتمل، إلا أن يقبلها أو ألا يتعاقد مطلقاً»؛ HANCE et DIONNEBALZ, op. cit. p.153، والحقيقة أن هذه السمة من سمات عقود الإذعان وإن كانت ضرورية لاعتبار العقد من عقود الإذعان إلا أنها ليست كافية لاعتباره كذلك، إذ يتبقى شرطان آخران هما أن تكون السلعة أو الخدمة من الضروريات وشرط الاحتكار، فقد استقر الفقه على تعريف عقد الإذعان بأنه «العقد الذى يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية، تكون محل احتكاك قانونى أو فعلى أو تكون المناقشة محدودة النطاق بشأنها»؛ راجع فى هذا التعريف: عبد الملمع فرج الصدة: عقود الإذعان فى القانون المصرى، رسالة، القاهرة ١٩٤٦ ص ٧٧؛ وراجع فى عقود الإذعان تفصيلاً: ذات الرسالة، ولذات الفقيه أيضاً مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٩٢ ص ١١٩ وما بعدها؛ عبد الرازق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول، المجلد الأول، العقد ١٩٨١ ص ٢٩٣ وما بعدها؛ محمد كامل مرسى: العقود المسماة، الجزء الأول ١٩٥٢ ص ٢٦ وما بعدها؛ وإلم سليمان قلادة: التعبير عن الإرادة فى القانون المدنى المصرى ١٩٥٥ ص ٣٥٥ وما بعدها؛ محمود جمال الدين زكى: الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثالثة ١٩٧٨ ص ٨٩ وما بعدها، ص ٣١٢، ص ٣١٩ عبد الوالد يحيى: المرجع فى النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام ١٩٨٢ ص ٤١ وما بعدها؛ عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة ١٩٨٤ ص ٢٠٤ وما بعدها؛ جلال عبد العدوى: الموجز فى مصادر الالتزام، منشأة المعارف ١٩٩٥ ص ٥٥ وما بعدها؛ مصطفى محمد الجمال: القانون المدنى فى ثوبه الإبداعي، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى ١٩٩٦ ص ٩٥ وما بعدها؛ محمد إيبى شلب: الوجيز فى مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة ١٩٩٩ ص ٤٧ وما بعدها؛ حمدى عبد الرحمن: الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية ١٩٩٩ ص ١٢٤ وما بعدها؛ حسام الدين كامل الأهوانى: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، المصادر الإرادية للالتزام، الطبعة الثالثة ٢٠٠٠ ص ١٥٥ وما بعدها.

Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD : Droit civil, Tome II 1^{er} Volume, Les obligations, SIREY, 1962 p. 100 et s. ; Jean-Louis BAUDOUIN : Traité élémentaire de droit civil, Les obligations, P.U.M., 1970 p.64 et s.; Christian LARROMET : Droit civil, Les obligations, 1^{ère} Partie Tome III, ECONOMICA, 1986 P. 234 et S.; Jean CARBONNIER : Droit civil, 4, Les obligations, P.U.D.F., 16^e éd. 1992 p. 79 et s.; Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS : Cours de droit civil, Les obligations, Cujas, 1992 p. 180; Alain BÉNABENT : Droit civil, Les obligations, 5^e éd. 1995 p. 17; Rémy Cabrillac : Droit des obligations, DALLOZ, 2^e édition 1996 p. 28; Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER : Droit des obligations, LITEC, 1997 p. 15; Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT : Les obligations, I, L'acte juridique, Armand Colin, Huitième édition 1998 p. 114.

(٤٢) راجع تفصيلاً نص هذا العقد فى :

La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, N° 41-8 octobre 1998, p. 1579 et s.

(٤٣) بمعناه الواسع فى الوقت الحالى والذى يشمل ما يصدر عن المشرع الوطنى وأيضاً عن المشرع الأوروبى بعد اتخاذ الإجراءات المقررة فى هذا الشأن .

(٤٤) راجع تقديم العقد النموذجى سالف الذكر بذات الموضع .

(٤٥) فشاط التجارة الإلكترونية يدخل فى نطاق معالجة البيانات إلكترونياً ، من ثم فينبغى أن يخضع لنصوص التشريع الفرنسى الصادر فى ٦ يناير ١٩٧٨ والخاص بالمعلوماتية والحريات ، كذلك فإن تقديم العروض من خلال الشبكات يمكن أن يعتبر من قبيل خدمات الاتصالات المرئية المسموعة service de communication audiovisuelle بالمعنى المقصود فى القانون الصادر فى هذا الشأن فى ٣٠ سبتمبر ١٩٨٦ ، ولذلك فقد يكون من الأحوط أن يخطر التاجر النائب العام مسبقاً قبل افتتاح موقعه على الشبكة . راجع تقديم العقد النموذجى بالموضوع سالف الذكر . وأيضاً : REBOUL et XARDEL op. cit. p. 171 ، كما ورد بالتعليق على البند ١٣ من العقد النموذجى أنه يجب بصفة عامة إخطار اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات و Commission ntionale de l'Informatique et des Libertés CNIL بكل معالجة لبيانات اسمية وذلك وفقاً لقانون المعلوماتية والحريات ، ويستنتج من ذلك أن كل عملية تجارة إلكترونية تقتضى مثل هذا الإعلان . راجع أيضاً : REBOUL et XARDEL, op. cit. p. 174 ، ويتحفظ البعض بشأن إخطار النائب العام عند افتتاح الموقع على شبكة الإنترنت إذ يرى أن ذلك يقتصر على الحالة التى يدخل فيها ما يظهر على الموقع من معلومات فى نطاق النشر الإعلامى (مثل المواد الصحفية وبرامج الراديو والتلفزيون) ، أما بشأن تنظيم التجارة الإلكترونية بمعناها الدقيق فإن الأمر يدخل فى نطاق التنظيم الخاص بحرية التجارة وليس فى نطاق التنظيم الخاص بحرية الاتصالات . راجع :

Alain BENSOUSSAN : La problématique Française : Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects Juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 19.

(٤٦) وينوه إلى أننا سنشير إلى العقد المذكور بعبارة العقد النموذجى الفرنسى للتجارة الإلكترونية دون تكرار الإشارة إلى موضعه السابق الإشارة إليه بالأسبوع القانونى .

(٤٧) راجع تفصيلاً : LAMY, n°2547 p.1491 .

(٤٨) وقد حرص العقد النموذجى للتجارة الإلكترونية المشار إليه على النص فى ديباجته على إجازة أن تكمل هذه الشروط العامة للبيع بشروط خاصة ينص عليها فى العقد الإلكتروني قبل التعاقد مع المستهلك .

(٤٩) وقد كرر العقد النموذجى الفرنسى ذات الحكم فى البند الثالث منه بعنوان : التعريف بالموجب : Identification de l'auteur de l'offre ، حيث ورد به وجوب ذكر اسم التاجر أو الشركة وعنوان مقر الشركة أو المؤسسة المسؤولة عن العرض ، والعنوان الإلكتروني (e-mail) أى عنوان البريد الإلكتروني ورقم الهاتف والفاكس .

(٥٠) راجع فى هذه الشروط العامة :

LAMY n°2547 p.1491 ; Lionel COSTES : Transactions en ligne, paiement électronique, galeries marchandes virtuelles, Bulletin d'actualité - Lamy droit de l'informatique, N°97-Novembre 1997 p. 5 et s.

(٥١) راجع تفصيلاً :

Guillaume BEAURE D'AUGÈRES, Pierre BREESE et Stéphanie THUILLER, Palment numérique sur Internet, État de l'art, aspects juridiques et impact sur les métiers, THOMSON PUBLISHING, 1997, p.75 et s.

(٥٢) راجع فى هذا المعنى :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILLER, op. cit. p.75.

وقارن :

Isabelle POITIER : Le commerce électronique sur internet, Gazette du Palais, 4 Avril 1996 p. 298.
حيث تعطى للتجارة الإلكترونية معنى واسعاً يرتبط باستخدام جميع وسائل الاتصال عن بعد ولا يقتصر على القيام بالتجارة عبر شبكة الإنترنت .

«Le commerce électronique, c'est l'utilisation conjointe et combinée de tous les vecteurs, de tous les supports mis à disposition par les télécommunications en vue de développer le commerce de l'entreprise, aux niveaux national et international».

(٥٣) وقد استخلص البعض هذا التعريف من وثيقتين الأولى هي الوثيقة الرسمية الصادرة في ٢٢ فبراير ١٩٩٣ بعنوان «تكنولوجيا النمو الاقتصادي الأمريكي - اتجاه جديد في بناء القوة الاقتصادية» والتي أعدها نائب الرئيس الأمريكي آل جور واعتمدها رئيس الولايات المتحدة الأمريكية والتي أشارت إلى الدور الأساسي الذي تحتله شبكات المعلومات في مستقبل التجارة والمجتمع في أمريكا ، والثانية أعدها فريق العمل الفيدرالي المختص بالتجارة الإلكترونية في ٢٩ أبريل ١٩٩٤ بعنوان : Streamlining Procurement Through Electronic Commerce ، والخاصة باستخدام شبكات المعلومات في التجارة الإلكترونية . راجع :

Thierry PIETTE-COUDOL et André BERTRAND, op. cit. p. 178.

(٥٤) راجع التقرير الصادر عن لجنة التجارة الإلكترونية بمركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار برئاسة مجلس الوزراء بعنوان : مفترح المبادرة المصرية للتجارة الإلكترونية ١٩٩٩ ص ١٠ ، كما يعرفها البعض بأنها عملية البيع والشراء عبر الشبكات الإلكترونية على المستويين السلمي والخدمي بجانب المعلومات وبرامج الكمبيوتر وأنشطة أخرى تساعد على الممارسات التجارية . مصطفى سعيد أحمد : التجارة الإلكترونية في القرن القادم ، المؤتمر السابع للاقتصاديين الزراعيين (التكنولوجيا والزراعة المصرية في القرن الواحد والعشرين) ، والمنعقد بالقاهرة في ٢٨ ، ٢٩ يوليو ١٩٩٩ ص ٢ .

(٥٥) راجع تلصلاً :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 75 et s.

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 76. (٥٦)

«On entend par télécommunication toute transmission, émission ou réception de signes, (٥٧) de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignement de toute nature, par fil optique, radioélectricité, ou autres systèmes électromagnétiques».

«On entend par communication audiovisuelle toute mise à disposition du public ou de (٥٨) catégories de public, par un procédé de télécommunication, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privé».

(٥٩) ويمكن تعريف التفاعل بأنه : إمكانية التبادل بين مستعمل نظام المعلومات والآلة ، بواسطة نهاية طرفية متصلة بشاشة للرؤية .

Interactivité : faculté d'échange entre l'utilisateur d'un système informatique et la machine, par l'intermédiaire d'un terminal doté d'un écran de visualisation. BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 76.

«Une convention par laquelle une offre et une acceptation se rencontrent sur un réseau (٦٠) de télécommunication international ouvert selon un mode audiovisuel, grâce à l'interactivité entre l'offrant et l'acceptant». BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 76.

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 76. (٦١)

(٦٢) وقد قر البعض حجم التجارة التي تمت عن بعد مع المستهلكين في فرنسا عام ١٩٩٧ بخمسين مليار من الفرنكات ، وبين المشروعات بخمسة عشر مليار ومثلهم بالنسبة للمعاملات الخارجية . راجع :

Bernard SIOUFFI : Table ronde : Enjeux et défis du commerce électronique, Gazette du Palais Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 36.

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 79.

(٦٣)

وراجع في ذات المعنى :

Lionel COSTES, Transactions en ligne, palment électronique, galeries marchandes virtuelles, Bulletin d'actualité - Lamy droit de l'informatique, N°97-Novembre 1997 p.2; REBOUL et XARDEL, op. cit. p.170 et s.; Isabelle POITIER : Le commerce électronique sur Internet, Gazette du Palais 4 Avril 1996 p. 299; Alain BENSOUSSAN : La problématique Française : Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p.20; Alain BENSOUSSAN : Internet, aspects juridiques, HERMES, 1996 p.11.; Olivier Itéanu, Les contrats du commerce électronique, Droit et patrimoine, n°55 - décembre 1997, p.55.

فيقرر الأخير أن العقد الإلكتروني هو عقد يبرم عن بعد ، ومن ثم فإن التنظيم الخاص بهذا النوع من العقود يكون واجب التطبيق إذن ، ولكنه لا يرى ، على العكس ، في إطار مواقع Web التقليدية مجالاً متاحاً للنصوص الخاصة بالسعى لإبرام العقود démarchage ، إذ أن مستعمل الإنترنت هو الذي يبادر بالدخول إلى موقع التاجر بتصرف إيجابى من جانبه على صفحات التاجر ، ومن ثم فإن هذه العلاقة تفلت من المادة L.121-21 وما يليها من تقنين الاستهلاك والتي تنظم السعى لإبرام العقود . وراجع في ذات المعنى :

Jérôme HUET : Le droit du multimédia, De la télématique à Internet, Rapport réalisé sous la direction de : Pierre HUET, AFTEL, 1996 (Cinquième partie : Le commerce électronique, par : Jérôme HUET) p. 234.

وعلى العكس فإن النصوص الخاصة بالبيع عن بعد (المادة L.121-16 وما بعدها من تقنين الاستهلاك) تنطبق دون شك على التجارة الإلكترونية . وقد حرص العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية في بنده الأول بعنوان Objet على النص على أن هذا العقد قد انعقد في إطار نظام البيع أو تقديم الخدمات عن بعد :

dans le cadre d'un système de vente ou de prestation de services à distance.

وقد أكد التعليق على هذا النص هذا المعنى حيث ورد به أنه يقصد بالتاجر هنا ذلك الذى يستخدم واحدة أو أكثر من تقنيات الاتصال عن بعد في خطوات البيع المختلفة وحتى انعقاد العقد .

(٦٤) راجع تفصيلاً فيما يمكن أن يثيره التعاقد عن بعد من مشكلات :

Thierry PIETTE-COUDOL et André BERTRAND, op. cit. p.178.

(٦٥) ونحتفظ بشدة بشأن هذه النقطة وهو ما سنشير إليه لاحقاً .

(٦٦) راجع في هذا المعنى :

Jérôme HUET, Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, L.G.D.J., 1996, n°11587 p.452.

وقد أوجزت إحدى الدراسات المصرية هذا المعنى فورد بها أن التجارة الإلكترونية تعتمد على البيع عن بعد حيث تتعاقد الأطراف المعنية دون أن تلتقي فعلياً في مكان واحد ، مما قد يؤدي إلى وجود بعض المخاطر بالنسبة إلى مشتري السلعة التجارية أو متلقي الخدمات . تقرير لجنة التجارة الإلكترونية بمركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار السابق الإشارة إليه ص ٢٤ .

(٦٧) وبصفة خاصة مسألة التنازع بين القوانين : راجع :

Thierry PIETTE-COUDOL et André BERTRAND, op. cit. p.178.

La directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (Dir.n° 97/7/CE, 20 mai 1997, JOCE, 4 juin 1997, n°2144, p.19).

راجع نص هذه المادة تفصيلاً : LAMY, n°2540 p. 1488, 1489 ، وإضافة إلى تنظيمه لحق الرجوع ، فقد وضع هذا التوجيه أيضاً بعض الأحكام المفصلة بشأن التزام المورد بالإعلام المسبق للمستهلك ببعض المعلومات الأساسية بشأن العقد . راجع تفصيلاً في شرح هذا التوجيه الأوروبي :

Jean GATSI : La protection des consommateurs en matière de contrats à distance dans la directive du 20 mai 1997, Dalloz Affaires n°42/1997, p.1378 et s.

(٦٩) راجع تفصيلاً :

LAMY, n°2540 p.1488, 1489 ; Alain BENSOUSSAN : La problématique Française: Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p.20.

كما يفرض التوجيه الأوروبي سالف الذكر في مادته السابعة بعض القواعد بشأن تنفيذ هذه العقود عن بعد ، راجع نص هذه المادة تفصيلاً : LAMY n°2541 p.1489 . أما بشأن الشروط الخاصة في حالة السعي لإبرام العقود في الموطن فيرى البعض أن العقود التي تبرم بواسطة الشبكات والإنترنت لا تدخل في نطاق السعي لإبرام العقود في الموطن ، ولكنه يحتفظ بأنه إذا لم يكتب لهذا الرأي أن يسود ، فإنه من اللازم الإشارة إلى أن تقنين المستهلك يفرض على من يباشر السعي لإبرام العقود بعض الالتزامات المحددة ، وبصفة خاصة تلك التي تتضمنها المادتان L.121-24 , L.121-23 من تقنين المستهلك . فتوجب المادة L.121-23 أن يتم التعاقد بموجب عقد تسليم منه نسخة للعميل عند انعقاده ، ويجب أن يتضمن هذا العقد بعض البيانات الإلزامية التي يتعلق معظمها بإعلام المستهلك وإلا كان باطلاً ، كما توجب المادة L.121-21 أن يشتمل العقد على استمارة قابلة للفصل تخصص لتسهيل ممارسة رخصة الرجوع بالشروط المنصوص عليها في المادة L.121-25 ، على أن تحدد البيانات التي يجب أن تتضمنها هذه الاستمارة بمرسوم يصدر من مجلس الدولة ، كما توجب أن تكون كل نسخة العقد موقعاً عليها ومؤرخة بيد العميل نفسه ، ويبدى ملاحظة حول مدى صعوبة إعمال النص الأخير بالنسبة للتعاقد عبر الشبكات ، إذ يجب أن يؤخذ في الاعتبار أنه يفرض على التاجر أن يعد مسبقاً عقداً مطبوعاً وذلك لكي ينفذ التزامه بأن يلحق به استمارة قابلة للفصل detachable ، اللهم إلا إذا قيل - وهو ما يحتاج إلى كثير من الشجاعة - أن الاستمارة يجوز أن تكون إلكترونية ، راجع تفصيلاً : LAMY, n°254 p.1489 .

(٧٠) راجع تفصيلاً :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILLIER : op. cit. p.77 et s.

«La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à (٧١) la payer».

(٧٢) راجع تفصيلاً في تعريف عقد البيع : عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، العقود التي تقع على الملكية ، البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية (منقحة) ١٩٨٦ ص ٢٥ وما بعدها ؛ سليمان مرقص : شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، المجلد الأول ، عقد البيع ١٩٨٠ ص ١٨ وما بعدها ؛ جميل الشراوى : شرح العقود المدنية ، البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ نشر ص ١٥ وما بعدها ؛ عبد الودود يحيى : دروس في العقود المسماة ، البيع والتأمين ، دار النهضة العربية ١٩٧٨ ص ١٠ وما بعدها ؛ خميس خضر : العقود المدنية الكبيرة ، البيع والتأمين ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ١٩٧٩ ص ١٣ وما بعدها .

(٧٣) راجع تفصيلاً في خصائص عقد البيع : السنهوري ، السابق ص ٣٠ وما بعدها ؛ سليمان مرقص ، السابق ص ٢٢ وما بعدها ؛ جميل الشراوى ، السابق ص ٢٠ وما بعدها ؛ عبد الودود يحيى ، السابق ص ١١ وما بعدها ؛ خميس خضر ، السابق ص ١٦ وما بعدها .

(٧٤) راجع أيضاً في مدى الاقتراب بين العقد بواسطة الإنترنت والعقد المبرم عن بعد :

Lionel COSTES, Transactions en ligne, paiement électronique, galeries marchandes virtuelles, Bulletin d'actualité - Lamy droit de l'informatique, N°97-Novembre 1997 p.2.

(٧٥) Contrat concernant un produit ou un service, conclu après sollicitation du fournisseur, sans présence physique simultanée du fournisseur et du consommateur, et en utilisant une technique de communication à distance pour la transmission de la sollicitation de contracter et de la commande.

وذلك وفقاً لما اقترحه التوجيه الأوروبي الصادر في ٢١ مايو ١٩٩٢ بشأن حماية المستهلك ، راجع :

BEAURE D'AUGERES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 77.

(٧٦) Loi n°88-21 du 6 janvier 1988 relative aux opérations de télépromotion avec offre de vente, dites "téléachat", J.O. du 7 janvier 1988.

وقد عدل هذا القانون بحيث تم إدراج أحكامه ضمن نصوص تقنين الاستهلاك (المواد 16-121 à L.121-20)، وذلك بمقتضى التشريع الصادر في ٢٦ يوليو ١٩٩٣ والمنظم للبيع عن بعد . راجع تفصيلاً في هذا النوع من أنواع البيع عن بعد :

Alain BENSOUSSAN : Les télécoms et le droit, HERMES, 2^e édition revue et augmentée 1996 p. 783 et s.

Alain Be Nsoussan, op. cit. p.783. (٧٧)

(٧٨) راجع :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 78.

وراجع في ذات المعنى : Xavier LINANT de BELLEFONDS : op.cit.p.17. ، والذي ينتقد ما حدث من تشبيه للعقود عبر الإنترنت بالعقود عبر جهاز Minitel باعتبارهما من الوسائل المسموعة المرئية audiovisual ، إذ أن في ذلك إغفال لفكرة التفاعلية التي هي من الأفكار الرئيسية التي تركز عليها شبكة الإنترنت ، فلا مكان للتفاعلية في الوسائل المسموعة المرئية التقليدية ، فمن يتلقى منها يخضع لبرنامج محدد ، ورغم أنه يستطيع اختيار برنامج آخر ، إلا أنه إذا اختار برنامجاً فإنه لا يملك سوى أن يتلقاه بكامله على نحو متسلسل وذلك كمن يشاهد فيلماً أو برنامجاً تليفزيونياً ، فهو محروم من إمكانية التأثير في التعاقب الزمني له ، والأمر على عكس ذلك تماماً مع الإنترنت فمستعملها يتعامل مع ما سبق تحميله عن بعد télédéchargé على القرص الصلب بجهاز الكمبيوتر الخاص به ، وهو بذلك يستطيع أن يتجه إلى نهاية البرنامج أو أن يبدئه من أوله فهو يستطيع دائماً أن يتوجه هنا أو هناك حسبما يريد ، وهو ما لم تأخذه في الاعتبار أى من القوانين التي تناولت الوسائل المسموعة المرئية .

(٧٩) راجع :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILLIER : op. cit. p. 78.

Technique de vente consistant pour le professionnel à provoquer une rencontre avec le (٨٠) consommateur pour lui proposer la vente ou la location d'un bien ou la fourniture d'un service. BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILLIER : op. cit. p. 78.

أو باختصار هو : عملية تتمثل في البحث عن العملاء لمصلحة المشروع بزيارتهم في الوطن .

Opération qui consiste à rechercher des clients ou à solliciter des commandes pour le compte d'une entreprise, par des visites à domicile, Lexique - Termes juridiques, DALLOZ, 10 édition 1995 p.193.

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILLIER : op. cit. p. 78. (٨١)

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILLIER : op. cit. p. 79 (٨٢)

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILLIER : op. cit. p. 80 (٨٣)

LAMY, n°2524 p.1484, 1483. (٨٤)

(٨٥) راجع في تقسيم عقود التجارة الإلكترونية من هذه الزاوية :

Jérôme HUET : Le droit du multimédia, De la télématique à Internet, Rapport réalisé sous la direction de : Pierre HUET, AFTEL, 1996 (Cinquième partie : Le commerce électronique, par : Jérôme HUET) p. 228 et s.

ونشير إلى أن العقد النموذجي المقترح في فرنسا والسابق الإشارة إليه يستهدف فقط تنظيم العقود التي تتم بين التجار والمستهلكين (راجع تقديم العقد النموذجي سالف الذكر) ، وقد حرص البند الأول من هذا العقد تحت عنوان Objet ، على تأكيد ذلك بالصلص على أن هذا العقد ينعقد «بين تاجر مسجل في فرنسا (شخص معنوي أو طبيعي يتعاقد في نطاق نشاطه المهني) ومستهلك (شخص يتعاقد خارج نطاق نشاطه المهني) ، ومن ثم فلا تسري أحكام هذا العقد على التعاقد بين المهنيين فيما بينهم ، ولا على التعاقد بين غير المهنيين وذلك على فرض انعقاد العقد عبر شبكة الإنترنت .

وتبدو أهمية التمييز بين هذين النوعين كما هو معروف في أن العقود التي يكون جميع أطرافها من المهنيين تغلت من كل القيود الواردة بقانون الاستهلاك بهدف حماية المستهلكين ، كما أنها تخضع لقواعد الإثبات الخاصة بالقانون التجاري ومن ذلك مبدأ حرية الإثبات، وهو ما سيؤدى بصفة خاصة إلى التفكير في اللجوء إلى اتفاقات خاصة بالإثبات ، أما العقود المبرمة مع المستهلكين ، سواء كان تنفيذها يتم على الشبكة أم خارج الشبكة ، فتخضع لكل نصوص قانون الاستهلاك التي تستهدف حماية المستهلك وإن يطبق عليها مبدأ حرية الإثبات . راجع في هذا المعنى تفصيلاً LAMY, n°2538, p.1487, 1488 وفي ذات المعنى HANCE et DIONNE-BALZ, op.cit.p.152 ، ومن الأمثلة التي يبدو فيها صعوبة تطبيق بعض نصوص قانون الاستهلاك على العقود المبرمة عبر الإنترنت ما ينص عليه تقنين الاستهلاك من ضرورة كتابة العقود المبرمة بين المستهلكين والمهنيين وتسليم نسخة منها للمستهلك ، ونظراً لأن هذه القاعدة مقررة لحماية للمستهلك فقد درجت المحاكم الفرنسية غالباً على عدم التعويل على الوثائق الإلكترونية ، ولذلك يصبح البعض التاجر بأن يرسل إلى المستهلك هذه النسخة المكتوبة بعد ذلك بطريق البريد . راجع HANCE et DIONNE-BALZ, op.cit.p.149.

LAMY, n°2524, p.1483, 1484. (٨٦)

(٨٧) راجع تفصيلاً :

Olivier Itéanu, Les contrats du commerce électronique, Droit et patrimoine, n°55, décembre 1997, p.53.

* Olivier Itéanu, op. cit. p.53. (٨٨)

LAMY, n°2544 p.1490. (٨٩)

LAMY, n°2544 p.1491. (٩٠)

LAMY, n°2544 p.1490, 1491. راجع تفصيلاً : (٩١)

Olivier Itéanu, op. cit. p. 53. (٩٢)

(٩٣) تقرير المجلس الوطني للاستهلاك (CNC) بعنوان : عرض الدخول إلى الإنترنت L'offre d'accès à Internet ، أشار إليه Olivier Itéanu في مقاله السابق : عقود التجارة الإلكترونية ص ٥٣ ، ويشير هذا التقرير إلى أن التزام المورد بضمان جودة الاتصال هو التزام ببذل عناية ونستنتج من ذلك بمفهوم المخالفة أن التزام المورد بتحقيق اتصال العميل بالشبكة هو التزام بنتيجة ، ومن البديهي أن يكون التزام المورد بتحقيق الاتصال بالشبكة التزاماً بنتيجة ، أما ما لا نقبله فهو القول بأن التزامه بتحقيق جودة الاتصال هو التزام ببذل عناية ، ونرى أن هذا المعنى لا يجب أن يؤخذ على إطلاقه ، فإذا كان المورد المسيطر الكاملة على العوامل الفنية التي تؤثر في جودة الاتصال ، وكانت جودة الاتصال ملبوبة بهذه العوامل إذا تمت على نحو صحيح من الناحية الفنية ، كان التزام المورد في رأينا التزاماً بتحقيق نتيجة ، ويبدو ذلك بوضوح في الحالة التي تكون فيها جهة الاتصالات الهاتفية بنفسها تقديم خدمة الدخول للإنترنت إذ أنها تتحمل في ذات الوقت المسؤولية عن جودة الاتصال ، أما إذا تدخلت عناصر أخرى لا يسيطر عليها المورد بمفرده بحيث تؤثر في جودة الاتصال مثل مدى جودة الاتصالات الهاتفية بصفة عامة في المنطقة التي يقع بها جهاز الكمبيوتر الخاص بالعميل ، والتي تسأل عنها الجهة الملوبة بها تحقيق هذه الاتصالات ، فيكون التزامه هنا التزاماً ببذل عناية وهو ما نعتقد أنه المعنى المقصود في تقرير المجلس الوطني للاستهلاك . ونستطيع أن نستند هنا إلى ما يقال بشأن عقود خدمات المعلومات بصفة عامة من أنه قد جرى العمل على تضمين عقود خدمات المعلومات بلبوداً من شأنها إعفاء المنتج المعلوماتي من المسؤولية في حالات قطع التيار الكهربائي أو تعطل شبكة الاتصالات أو نسبة الخطأ أو القصور لأي من العاملين بهذه الشبكة باعتبار أن هذه الحالات هي بمثابة قوة قاهرة وعادة ما يشير المنتج المعلوماتي على المستخدم النهائي بأفضل الشبكات الملائمة للخدمة التي يقدمها دون أن يضمن له مستوى أدائها ويعد التزامه هنا التزاماً ببذل عناية ، محمد حسام الدين محمود لطفى : عقود خدمات المعلومات ، ١٩٩٤ ص ٨٨ وهامش ١٨ بذات الصفحة .

(٩٤) راجع تفصيلاً : Olivier Itéanu ، السابق ص ٥٣ وما بعدها . ويلاحظ أنه يستخدم في تسمية هذا العقد لفظ : La contrat d'hébergement ، ويبدو أن الترجمة الحرفية لهذا المصطلح هي : عقد الإيواء ، ولما كان ذات الفقيه قد انتهى إلى تكييف هذا العقد بأنه عقد إيجار ، كما أنه يرد على خدمة معلوماتية ، ولذلك فقد أثرنا تسميته بعقد الإيجار المعلوماتي .

Olivier Itéanu, op. cit. p.53. (٩٥)

ويعين أن نلفت النظر هنا إلى أن العملية قد تتضمن عدة عقود مرتبطة ببعضها ارتباطاً لا يقبل التجزئة وذلك تحقيقاً لحسن أداء الخدمة وباعتبارها جميعاً قد تضافرت من أجل تحقيق عملية اقتصادية واحدة ، ولذلك فقد قضت إحدى محاكم الاستئناف الفرنسية في حكم حديث لها بأنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار الارتباط الذي لا يقبل التجزئة بين عقد إيجار الأجهزة وعقد صيانتها وعقد الاشتراك في الشبكة ، بحيث أن فسخ أحدها يؤدي بالضرورة إلى إنهاء الآخرين . راجع هذا الحكم والتطبيقات عليه تفصيلاً :

Anne COUSIN : Note sous CA Aix en Provence 8^e ch. B, 13 février 1998, Gazette du Palais - Vendredi 14, Samedi 15 Janvier 2000 p.36 et s.

Olivier Itéanu, op. cit. p. 53. (٩٦)

(٩٧) فالحارس هو الشخص الذي تكون له وقت حدوث الضرر سيطرة فعلية على الشيء ذاته وعلى استعماله لحسابه الخاص ذلك أن المالك رغم حقه العيني قد يكون مقطوع الصلة بالضرر الذي حدث عنه كما لو كان قد أعاره أو أجره إلى شخص آخر ، أو كان الشيء قد سرق منه ، فالحراسة إذن ليست ملازمة للملكية ، محمد لبيب شذب ، الوجيز في مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة ١٩٩٩ ص ٤٤١ ، ٤٤٢ ، وراجع في ذات المعنى : محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، الطبعة الثالثة ١٩٧٨ ص ٦٣٩ ؛ حسام الدين كامل الأهواني ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، المجلد الثاني : المصادر غير الإرادية ١٩٩٨ ص ٢٥٢ وما بعدها ؛ جلال على العدوي ، الموجز في مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ١٩٩٥ ص ٣٨٧ ؛ أنور سلطان ، الموجز في مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ١٩٩٦ ص ٤١٣ ؛ مصطفى محمد الجمال ، القانون المدني في ثوبه الإسلامي ، مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ١٩٩٦ ص ٥٨٠ ، وهو ما نصت عليه صراحة المادة ١٧٦ من القانون المدني المصري بشأن حارس الحيوان ، حيث ورد بها حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكاً له ، والمادة ١٧٧ (١) بشأن حارس البناء حيث ورد بها حارس البناء ، ولو لم يكن مالكاً له

(٩٨) راجع تفصيلاً :

Olivier Itéanu, op. cit. p.54; Lionel COSTES, Transactions en ligne, palment électronique, galeries marchandes virtuelles, Bulletin d'actualité - Lamy droit de l'informatique, N°97-Novembre 1997 p.5.

Lionel COSTES, op. cit. p.5. (٩٩)

Lionel COSTES, op. cit. p.5. (١٠٠)

Olivier Itéanu, op. cit. p.54. (١٠١)

وراجع أيضاً في تكيف عقد خدمات المعلومات بصفة عامة كمقدد مقالة : محمد حسام محمود لطفي : عقود خدمات المعلومات ص ١٦٣ وما بعدها .

(١٠٢) فالمقولة عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر ، دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته ، محمد لبيب شذب : شرح أحكام عقد المقولة ، دار النهضة العربية ١٩٦٢ ص ١١ ، ولكي يصف انقاضي عقد ما بأنه مقولة ، يجب أن يتبين له بعد تفسيره أن الغرض الرئيسي الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين هو قيام أحدهما مستقلاً وباسمه الخاص بإنجاز عمل معين لحساب المتعاقد الآخر في مقابل أجر ، فهاتان الخصيصتان : خصيصّة القيام بالعمل استقلالاً ، وخصيصّة كون العمل يتم في مقابل أجر ، تميزان عقد المقولة عن غيره من العقود التي قد تشبه به في حالات خاصة ، لبيب شذب ، ذات المرجع ص ١٤ ، وراجع أيضاً في تعريف عقد المقولة وتمييزه عما قد يشبه به من عقود : السهوري ، الوسيط ، الجزء السابع ، المجلد الأول : العقود الواردة على العمل ، المقولة والوكالة والوديعة والحراسة ، دار النهضة العربية الطبعة الثانية (منقحة) ١٩٨٩ ص ٧ وما بعدها ، ومن الواضح أن قيام المركز التجاري الافتراضي بفتح المتجر الافتراضي لصالح أحد التجار يعد من قبيل القيام بعمل لحساب هذا الأخير خاصة وأن التاجر لا يمارس على الأول أي إشراف أو رقابة .

(١٠٣) راجع تفصيلاً :

REBOUL et XARDEL, op. cit. p. 171; BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 95 et s.; HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 143 et s.; Nicole TORTELLO et Pascal LOINTIER : Internet pour Les juristes, DALLOZ 1996, p. 152 et s.

(١٠٤) راجع في هذا المعنى : LAMY, n°2531 p.1485, 1486

(١٠٥) راجع في هذا المعنى : HANCE et DIONNE-BALZ, op.cit.p.143

(١٠٦) قرب : HANCE et DIONNE-BALZ, op.cit.p.147

(١٠٧) راجع تفصيلاً :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.96 et s.; HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p.144.

وراجع تفصيلاً في الإيجاب بصفة عامة : عبد الرزاق السهري : الوسيط ، العقد ص ٢٦١ وما بعدها ؛ عبد الناصر توفيق الطاهر : السابق ص ٤٦ وما بعدها ؛ عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام ١٠٦ وما بعدها ؛ محمود جمال الدين زكي : السابق ص ٧٧ وما بعدها ؛ عبد الوود يحيى : السابق ص ٣١ وما بعدها ؛ عبد الفتاح عبد الباقي : السابق ص ١٢٠ وما بعدها ؛ جلال علي العدوي : السابق ص ٨٠ وما بعدها ؛ أنور سلطان : الموجز في مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ١٩٩٦ ص ٦٩ وما بعدها ؛ مصطفى محمد جمال : السابق ص ٨٢ وما بعدها ؛ محمد لبيب شلب : مصادر ص ١٠٧ وما بعدها ؛ حسام الأهواني : النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، المجلد الأول ، المصادر الإرادية للالتزام ، الطبعة الثالثة ٢٠٠٠ ص ١٠٧ وما بعدها ؛ حمدي عبد الرحمن : السابق ص ١٨٣ وما بعدها .

Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, op. cit. p.81 et s.; Jean-Louis BAUDOUIN, op. cit. p.56 et s.; Henri et Léon et Jean MAZEAUD : Leçons de droit civil, Tome deuxième, Premier volume, Obligations, Théorie générale, sixième édition par François CHABAS, MONTCHRESTIEN, 1978 p.112 et s.; Yvaine BUFFELAN-LANORE : droit civil, MASSON, 1976 p.31.; René DAVID : Les contrats en droit Anglais, 2^e Édition par David PUGSLEY, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985 p. 77 et s.; Christlan LARROMET, op. cit. p. 212 et s.; Jean CARBONNIER, op. cit. p.86 et s.; Philippe MALAURIE et Laurent AYNÉS, op. cit. p.205 et s. Alain BÉNABENT, op. cit. p. 40 et s.; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE : Droit civil, Les obligations, Dalloz, 6^e éd. 1996 p.86 et s.; Jacques GHESTIN : Traité de droit civil, La formation du contrat, L.G.D.J., 3^e éd. 1996 p. 260 et S. Rémy Cabrillac, op cit. p. 33 et s.; Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER, op. cit. p. 28 et s. Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, op. cit. p. 87 et s.

(١٠٨) لبيب شلب ، مصادر ص ١٠٧ .

(١٠٩) راجع تفصيلاً : لبيب شلب ، مصادر ص ١٠٧ وما بعدها ، حسام الأهواني ، المصادر الإرادية ص ١٠٧

وما بعدها .

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. P. 96 ; HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 144.

(١١٠) راجع في هذا المعنى :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 96 .

«toute communication à distance comportant tous les éléments nécessaires pour que (١١١) son destinataire puisse souscrire directement un engagement contractuel, la simple publicité étant exclue».

L'offre électronique : BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.98. (١١٢)

(١١٣) راجع في إبرام العقود عبر الإنترنت عن طريق البريد الإلكتروني :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.98, ; HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 145.

(١١٤) راجع :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.98, 99.

(١١٥) ومن العبارات الطريفة التي قيلت في هذا الشأن أن الإيجاب عبر الإنترنت لا يكون في هذه الحالة موجهاً للجمهور فقط ولكنه موجه للجمهور العالمي *à une population mondiale* ، فالمخاطب بالإيجاب ليس السيد مدير شركة معينة ، ولكنه : السيد كل العالم ،

«Monsieur tout le monde» : Pierre CATALA : Exposé Introductif, Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects Juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p.9.

(١١٦) راجع :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 99.

(١١٧) راجع :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.98, 99. ; HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 145.

(١١٨) ولذلك فقد حرصت العقود المتداولة في العمل على تنظيم مسألة نفاذ المخزون فخلصت الشروط العامة للمركز التجاري *Infante* على بعض الالتزامات في حالة عدم توافر السلعة فوردها «أننا ملتزمون ، في الحالة التي لا تتوافر فيها بعض القطع أن نقدم لكم قطعاً بديلة تتوافر بها ذات المميزات والصفات وجودة مماثلة أو بجودة أعلى ، ويسعر مساو أو أكثر أو بأن نرد لكم ما دفعتموه ، وعلى أية حال ، فسوف نوافيكم برسالة إلكترونية توضح ما إذا كانت السلعة متوافرة ، فلا تنسوا مراجعة بريدكم الإلكتروني بانتظام ،

كما واجه عقد *Apple Store* هذه المسألة فورده أنه «إذا لم نتمكن من تلبية طلبك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الدفع ، فسوف نخطرك بذلك ويكون لك حينئذ الخيار في العدول عن طلبك واسترداد ما دفعته ، فإذا اخترت أن يظل طلبك سارياً ، فيجوز لك كلما مرت عشرة أيام العدول عن الطلب واسترداد ما دفعته ،

كما حرصت الشروط العامة للمركز التجاري *Surf and buy d'IBM Europe* في المقابل على أن تفرض على كل متجر مشارك فيه الالتزام بأن تكون المنتجات متاحة بناء على طلب العميل وذلك في الظروف المتعادية للمخزون ، راجع تفصيلاً :

LAMY, n°2550 p. 1492.

كما حرصت الفقرة الخامسة من البند الرابع من العقد النموذجي الفرنسي على ضرورة الإشارة إلى مدى توافر السلعة أو الخدمة .

(١١٩) راجع :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.99, ; HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 145.

HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 146. (١٢٠)

(١٢١) راجع في هذه المسألة تفصيلاً :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.100 ; Nicole TORTELLO et Pascal LOINTIER : Internet pour les juristes, DALLOZ 1996 , p. 159. ; Jérôme HUET : Le droit du multi-média, De la télématique à Internet, Rapport réalisé sous la direction de : Pierre HUET, AFTEL, 1996 (Cinquième partie : Le commerce électronique, par : Jérôme HUET) p. 213.

«dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emplois ou d'utilisation, la description de l'étendue et de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances».

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.100. (١٢٣)

Marie-Zivar FIROUZ ABADIE : L'emploi de la langue française par personnes publiques dans les achats informatiques et la fourniture de services, Gazette du Palais - Mercredi 29, Jeudi 30 Juillet 1998 p. 8.

(١٢٥) راجع تفصيلاً :

LAMY, n°2548 p.1491, 1492.

LAMY, n°2548 p. 1492. (١٢٦)

LAMY, n°2548 p. 1492 . (١٢٧)

(١٢٨) راجع تفصيلاً :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p107 et s.; HANCE et DIONNE-BALZ, op.cit.,p.144.

وراجع تفصيلاً في القبول بصفة عامة : عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، العقد ص ٢٧١ وما بعدها ؛ عبد الناصر توفيق العطار : السابق ص ٤٩ وما بعدها ؛ عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام ١١٦ وما بعدها ؛ محمود جمال الدين زكي : السابق ص ٨٢ وما بعدها ؛ عبد الودود يحيى : السابق ص ٣٤ وما بعدها ؛ عبد الفتاح عبد الباقي : السابق ص ١٤٠ وما بعدها ؛ جلال علي العدوي : السابق ص ١١٦ وما بعدها ؛ أنور سلطان : المرجز في مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ١٩٩٦ ص ٧٢ وما بعدها ؛ مصطفى محمد جمال : السابق ص ٩١ وما بعدها ؛ محمد لبيب شنب : مصادر ص ١١٧ وما بعدها ؛ حمدي عبد الرحمن : السابق ص ١٩٤ وما بعدها ؛ حسام الأهواني : المصادر الإرادية ص ١٢٣ وما بعدها .

Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, op. cit. p. 87 et s.; Jean-Louis BAUDOUIN, op. cit. p. 59 et s.; Henri Léon et Jean MAZEAUD et François CHABAS, op. cit. p. 117 et s; Yvain BUFFE-LAN-LANORE : op. cit. p. 31 ; René DAVID, op. cit p. 77 et s. Christian LARROMET, op. cit. p. 223 et s.; Jean CARBONNIER, op. cit. p. 87 et s. Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, op. cit. p. 209 et s.; Alain BÉNABENT, op. cit. p. 40 et s.; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE op. cit. p. 98 et s.; Jacques GHESTIN, op. cit. p. 282 et s.; Rémy Cabrillac, op. cit. p. 35 et s. Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER, op. cit. p. 31 et s. Jacques FLOUR et Jean-Lue AUBERT, op. cit. p. 96 et s.

(١٢٩) راجع : لببيب شلب ، مصادر ص ١٢٠ وما بعدها ، وهو المقرر في فرنسا وأيضاً وفي دول القانون العام أيضاً ، إلا أن المادة ٢-٢٠٧ من قانون التجارة الأمريكي الموحد قد تضمنت أنه إذا صدر القبول ولم يكن مطابقاً للإيجاب في كل النقاط فيجوز أن يعد قبولاً يتعهد به العقد وذلك إذا اتفق على أن القبول يحل محل اتفاق الطرفين بالنسبة للعناصر الجديدة . راجع :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.107.

مع ملاحظة أن المقصود بهذه العناصر الجديدة هو العناصر غير الجوهرية في العقد وأنه يحق للمستهلك في تعاقد مع المهنيين أن يرفض هذه الإضافات في خلال مدة معقولة . راجع :

Lionel Costes : Aperçu sur le droit du commerce électronique aux États-Unis, Droit et patrimoine, n°55, décembre 1997 p. 65.

(١٣٠) راجع تفصيلاً :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.107 et s.

(١٣١) راجع :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.107 ; HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 144.

(١٣٢) راجع تفصيلاً : جستان ، السابق ص ٣٥٩ وما بعدها . كما ينص القانون الأمريكي على استثناءات ثلاثة يكون فيها القبول صحيحاً رغم صمت الطرف الآخر وهي : إذا كان من الممكن أن يستخلص ذلك من سلوك الأطراف ، وكذلك إذا جرى العرف على اعتبار السكوت قبولاً ، أو إذا كان الأطراف مرتبطين بمعاملات سابقة . راجع :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.107.

وبصفة عامة تنص المادة ٢-٢٠٦ من تقنين التجارة الأمريكي الموحد على أن القبول يمكن أن يتم بأي طريقة معقولة : Lionel COSTES, op. cit.p.65 .

وراجع تفصيلاً في مسألة مدى جواز اعتبار السكوت تعبيراً عن القبول بصفة عامة : عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، العقد ص ٢٨١ وما بعدها ؛ عبد الناصر توفيق العطار : السابق ص ٥٠ وما بعدها ؛ عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام ٩١ وما بعدها ؛ محمود جمال الدين زكي : السابق ص ٨٤ وما بعدها ؛ عبد الودود يحيى : السابق ص ٣٧ وما بعدها ؛ عبد الفتاح عبد الباقي : السابق ص ٩٩ وما بعدها ؛ جلال على العدوي : السابق ص ١١٦ وما بعدها ؛ أنور سلطان : السابق ص ٦٣ وما بعدها ؛ محمد لببيب شلب : مصادر ص ٩٢ وما بعدها ؛ حمدي عبد الرحمن : السابق ص ١٤٤ وما بعدها ؛ حسام الأهواني ، المصادر الإرادية ص ١٢٥ وما بعدها .

Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, op. cit. p. 77 et s.; Jean-Louis BAUDOUIN, op. cit. p. 59; Henri et Léon et Jean MAZEAUD et François CHABAS, op. cit. p. 117 et s.; Christian LARROM-ET, op. cit. p. 228 et s.; Jean CARBONNIER, op. cit. p. 85; Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, op. cit. p. 210 et s.; Alain BÉNABENT, op. cit. p. 42 ; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE op. cit. p.101 et s. ; Jacques GHESTIN, op. cit. p.358 et s. ; Rémy Cabrillac, op. cit. p. 35 et s. ; Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER, op. cit. p. 32 et s. ; Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, op. cit. p. 100 et s.

(١٣٣) راجع تفصيلاً في التساؤل حول ما إذا كان للعرف دور على شبكة الإنترنت :

Anne ACOUSIN et Alain BENSOUSSAN : De la tradition et de la modernité, de la coutume sur Internet, Gazette du Palais - Vendredi 14, Samedi 15 Janvier 2000 p. 13 et s.

HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 144. (١٣٤)

(١٣٥) وقد نص البند السابع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية على أن أنظمة التسجيل الأوتوماتيكي الخاصة بالتاجر تصلح دليلاً لإثبات الاتفاق وتاريخه . ونلاحظ في ذلك خروجاً على القواعد العامة للإثبات إذ أن التاجر يصطنع هنا دليلاً لنفسه .

(١٣٦) راجع في هذا المعنى :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILLIER : op. cit. p. 107 ; Alain BENSOUSSAN : La problématique Française : Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 20 ; Joel REIDNBERG, op. cit. p. 13; Nicole TORTELLO et Pascal LOINTIER : Internet pour les juristes, **DALLOZ**, 1996, p. 153.

ويتساءل الأخير أيضاً عما إذا كان من الممكن أن نعرف إذا كان من ضغط على هذه الأيقونة هو هذا الشخص أم ذلك ، ويشير إلى وجود مشروع بتعديل المادة B-2 من تقنين التجارة الموحد الأمريكي لمواجهة هذه المشكلة . كما يطرح البعض الآخر بهذه المناسبة تساؤلاً غاية في الخطورة وهو ما إذا كانت هذه اللمسة تعد تصرفاً قانونياً أم واقعة قانونية ، إذ من المتصور أن تكون اللمسة قد حدثت عفواً أو بدلاً من اللمسة التي كانت تستهدف أمراً آخر يقصده مستعمل الإنترنت : 17.p. cit. Xavier LINANT de BELLEFONDS وفي ذات المعنى : Alain BENSOUSSAN, op. cit. p.20 . ونوه هنا إلى أن إصدار الأوامر المختلفة أثناء العمل على أحد برامج الكمبيوتر مثل البرنامج الذي يتم من خلاله إبرام العقد مع أحد المتاجر على شبكة الإنترنت ، يتم عن طريق ملامسة بعض الأيقونات التي تظهر على شاشة الكمبيوتر بشكل يميز كل منها عن غيرها بحيث يمثل كل منها أمراً معيناً ، ومن ذلك مثلاً الأيقونة التي تخصص للتعبير عن قبول العرض الصادر من التاجر ، ويعبر الفقهاء الفرنسيون الذين يتناولون موضوع التعاقد عبر الإنترنت عن هذه اللمسة بمصطلح cliquage الذي ترجمناه باللفظ العربي لمسة أو ملامسة أو ضغط ، كما يستخدمون فعل cliquer الذي يبدو أنه من المبتكرات اللغوية في هذا النطاق والذي ترجمناه هنا بلفظ يمس أو يضغط .

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILLIER : op. cit. p.108. (١٣٧)

(١٣٨) راجع في هذا المعنى :

Alain BENSOUSSAN : La problématique Française : Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 20.

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILLIER : op. cit. p.108.

(١٣٩)

Lionel COSTES : Aperçu sur le droit du commerce électronique aux États-Unis, Droit et (١٤٠)

patrimoine, n°55, décembre 1997 p. 65.

ونلاحظ أنه يطرح هذا التساؤل في ظل القانون الأمريكي للعقود .

(١٤١) ويعبر عن مصطلح التحميل في اللغة الإنجليزية بلفظ **Downloads** ، ويعرفه البعض ببساطة بأنه نسخ بعض المواد من شبكة الإنترنت إلى جهاز الكمبيوتر . آلان سيمبسون ، السابق ص ١٥ .

Lionel Costes : op. cit. p.65. (١٤٢)

Lionel Costes, op. cit. p.65,66. (١٤٣)

(١٤٤) راجع على سبيل المثال في هذه المشكلة : نزيه الصادق المهدي : الالتزام قبل التعاقد بالإداء بالبيانات

المتعلقة بالعقد ، دار النهضة العربية ١٩٩٠ .

Confirmation par courrier électronique (e-mail) par le commerçant. (١٤٥)

(١٤٦) وأهمها على وجه الخصوص شخصية التاجر والعنوان الذي يمكن للمستهلك مخاطبته فيه والصفات الرئيسية للسلعة أو الخدمة ونفقات التسليم وحقه في الرجوع وكيفية مباشرته وخدمات ما بعد البيع والضمانات التجارية والشروط الخاصة بإنهاء العقد إذا كان غير محدد المدة أو لمدة تجاوز السنة .

(١٤٧) راجع تفصيلاً :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 108 et s.; REBOUL et XARDEL, op. cit. p. 169, 171 et s.; HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 146 et s.; Alain BENSOUSSAN : Internet, aspects juridiques, HERMES, 1996 p. 68 et s.

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 108 et s. (١٤٨)

وراجع بصفة عامة في النظريات التي قيلت لتحديد لحظة القبول أي لحظة انعقاد العقد في التعاقد بين غائبين أو بالمراسلة : عبد الرزاق السهروري : الوسيط ، العقد ص ٣٠٣ وما بعدها ؛ عبد الناصر ترفيق العطار : السابق ص ٦٤ وما بعدها ؛ عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام ١٣٤ وما بعدها ؛ محمود جمال الدين زكي : السابق ص ٩٤ وما بعدها ؛ عبد الودود يحيى : السابق ص ٤٤ وما بعدها ؛ عبد الفتاح عبد الباقي : السابق ص ١٥١ وما بعدها ؛ أنور سلطان : السابق ص ٨٥ وما بعدها ؛ محمد نبيب شنب : مصادر ص ١٢٤ وما بعدها ؛ حمدي عبد الرحمن : السابق ص ٢٠٥ وما بعدها ؛ حسام الامواني ، المصادر الإرادية ، ص ١٥١ وما بعدها ؛ محمد السعيد رشدي : التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ، مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون ، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٨ ص ٢٥ .

Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, op. cit. p. 89 et s.; Jean-Louis BAUDOUIN, op. cit. p. 59; et s. Henri et Léon et Jean MAZEAUD et François CHABAS, op. cit. p. 121 et s.; Yvaine BUFFE-LAN-LANORE, op. cit. p. 31 ; René DAVID, op. cit. p. 84 et s.; Christian LARROMET, op. cit. p. 245 et s.; Jean CARBONNIER, op. cit. p. 87 et s. Philippe MALAURIE et Laurent AYNÉS, op. cit. p. 212 et s.; Alain BÉNABENT, op. cit. p. 44; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LE-QUETTE op. cit. p. 131 et s.; Jacques GHESTIN, op. cit. p. 319 et s.; Rémy Cabrillac, op. cit. p. 36 et s.; Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER, op. cit. p. 33 et s.; Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, op. cit. p. 104 et s.

HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 147. (١٤٩)

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 108. (١٥٠)

Xavier Linant de Bell- Efonds: la Problématique Française, Colloque du 13 Mai 1998: (١٥١) électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 17.

(١٥٢) ويتساءل البعض تساؤلاً أكثر اتساعاً بهذه المناسبة وذلك عن اللحظة التي تؤخذ فيها الإرادة محل الاعتبار ، هل هي اللحظة التي يفتح فيها مستعمل الشبكة جهاز الكمبيوتر الخاص به ، أم اللحظة التي يبدأ فيها في التجول عبر الشبكة ، أم اللحظة التي ينصل فيها بموقع البائع ، أم اللحظة التي يستقبله فيها البائع التجوال عبر الشبكة ، أم اللحظة التي ينصل فيها بموقع البائع ، أم اللحظة التي يستقبله فيها البائع ، أم اللحظة التي يعبر فيها البائع عن موافقته ؟ . Xavier LINANT de BELLEFONDS : op. cit. p. 17

(١٥٣) راجع في تفاوت القوانين المختلفة في الأخذ بإحدى هذه اللحظات :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 109, 110.

(١٥٤) راجع :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 110, HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 147, 145.

(١٥٥) HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 155.

(١٥٦) راجع في شرح هذا النص تفصيلاً : حسام الأهواني ، المصادر الإرادية ص ١٣٦ وما بعدها .

(١٥٧) راجع تفصيلاً : LAMY, n°2552 p. 1493, 1494 .

(١٥٨) LAMY, n°2552 P. 1493.

(١٥٩) LAMY, n°2552 P. 1494.

(١٦٠) LAMY, n°2552 P. 1494.

(١٦١) LAMY, n°2552 P. 1494.

(١٦٢) وقد ورد بالتعليق على هذا البند أن الوفاء يكون نهائياً فلا يجوز الرجوع فيه من حيث المبدأ ، ومع ذلك يجوز للمستهلك المطالبة بإبطال الوفاء بالبطاقة في حالة الاستعمال التدليسي لها ، وهنا يعين رد المبالغ التي نقلت إلى حساب البائع أو إعادتها لرصيد المشتري .

(١٦٣) غنى عن البيان أن هذه الدراسة غير مخصصة للحدث تفصيلاً في مشكلات الوفاء بشأن العقود المبرمة عبر الإنترنت ، ولذلك فإننا سنكتفي هنا بالإشارة بإيجاز إلى أحدث المبتكرات المرتبطة بالوفاء في العقود المذكورة وهو التقنية المسماة بالنقود الإلكترونية والتي يعبر عنها في الفرنسية بلفظ *monnaie électronique* وفي الإنجليزية *electronic money* واختصارها *E-money* كما يعبر عنها أيضاً في العمل أيضاً بلفظ *Digi Cash* والتي يمكن ترجمتها أيضاً بالنقود الرقمية ، وقد ظلت الوسيلة المألوفة حتى الآن للوفاء في المعاملات التي تتم عبر الإنترنت هي استخدام البطاقة المصرفية للعميل مع ملاحظة أن تداول البيانات الخاصة بهذه البطاقة عبر الشبكة المفتوحة يحمل خطورة لا يستهان بها وبصفة أساسية إمكانية اختراق هذه البيانات واستخدامها إضراراً بصاحب البطاقة ، وتجنباً لهذه المخاطر فقد تم ابتكار بعض أنظمة الوفاء التي تقوم على فكرة إدارة حسابات وسيطة للوفاء وبذلك يمكن تفادي تداول البيانات على الشبكة ، بحيث تقوم المؤسسة الوسيطة بإدارة عملية الوفاء وذلك لحساب العملاء والبائعين وذلك بتسوية الديون والحقوق الناشئة عن التصرفات المختلفة التي تبرم بينهم ، ويلاحظ أن هذه الطريقة ليست قاصرة على المعاملات التي تتم عبر الإنترنت ولكنها تستخدم أيضاً بشأن تقنيات أخرى للتعاقد عن بعد مثل خدمة *Minitel* ، ورغم ما قد تقدمه هذه الوسيلة من مزايا فإنها تعد عقبة في طريق تطور التجارة عبر الإنترنت حيث أنه ليس من المرغوب من جانب المستهلك ولا من جانب التاجر تعدد الحسابات على هذا النحو . راجع في هذا المعنى :

Lionel COSTES, Transactions en ligne, paiement électronique, galeries marchandes virtuelles, Bulletin d'actualite - Lamy droit de l'Informatique, N°97-Novembre 1997 p.4.

ومن هنا ظهرت فكرة استعمال تقنية تركز على تجميع وحدات للقيمة وذلك في أداة مستقلة عن الحسابات المصرفية ، فظهرت فكرتي حافظتي النقود الإلكترونية *(PME) porte monnaie électronique* ، وحافظة النقود الافتراضية *(PMV) porte monnaie virtuel* والتي تشحن مسبقاً *(préconstitution) (préchargement)* برصيد مالي ، ويتم تسجيل هذا الرصيد المالي في بطاقة خاصة في حالة حافظتي النقود الإلكترونية أو على القرص الصلب لجهاز الكمبيوتر الخاص بمستهلك الشبكة في حالة حافظتي النقود الافتراضية ، وهكذا فإن قطع النقود أو الكيوبونات الافتراضية

تمثل من الناحية الفنية المعلومات المخزنة على ذاكرة جهاز الكمبيوتر ، ويستطيع العميل الذي يرغب في التعامل بهذه النقود أن يحصل من أحد البنوك أو إحدى المؤسسات الوسيطة على رخصة تسمح له باستعمال النقود السائلة الإلكترونية (e-cash) l'argent liquide électronique بالمقابل الذي يتفق عليه ويكون للعميل مفتاح عام ومفتاح خاص من أجل تأمين معاملاته والتحقق منها . وليس من المحتم أن يمر هذا النظام من خلال فتح حساب بأحد البنوك ، كما أن هذه النقود ليست اسمية شأنها شأن النقود العادية . ورغم ما تقدمه فكرة النقود الإلكترونية أو الافتراضية من تيسير للتجارة عبر الإنترنت ، فإن هذه التقنية ليست خالية من المخاطر ، فمن ناحية فإن حائز هذه النقود الإلكترونية ليس في مأمن من حادث فني يترتب عليه مسح ذاكرة جهازه وهنا سوف يفقد كل نقوده التي بحافطة نقوده الإلكترونية دون رجعة ، ومن ناحية أخرى فإنه في حالة إفلاس من أصدر هذه النقود الإلكترونية ، فإن العميل يتعرض لخطر عدم استرداد قيمة الوحدات التي لم يستعملها بعد ، كما يتعرض للتاجر لخطر عدم استيفاء الوحدات التي حولها له العميل . راجع تفصيلاً :

Lionel COSTES, Transactions en ligne, paiement électronique, galeries marchandes virtuelles, Bulletin d'actualité - Lamy droit de l'informatique, N°97-Novembre 1997 p.3,4. ; Isabelle POITIER : Le commerce électronique sur internet, Gazette du Palais 4 Avril 1996 p. 298. ; HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 161 et s. ; Nicole TORTELLO et Pascal LOINTIER : Internet pour les juristes, DALLOZ 1996, p. 155 et s. ; Alain BENSOUSSAN : Internet, aspects juridiques, HERMES, 1996 p.71.

إيهاب الدسوقي ، التقرير الصادر عن مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار برئاسة مجلس الوزراء بعنوان : الأبعاد الاقتصادية والمالية للتجارة الإلكترونية ، ١٩٩٨ ص ٩ وما بعدها .

(١٦٤) راجع : LAMY, n°2551 p.1493 .

(١٦٥) ومن الملاحظات الطريفة حول تطور وانتشار استعمال صيغة البريد السريع وبصفة خاصة عندما يتعلق الأمر بأطعمة سريعة التلف ، وجود موقع على الشبكة لحوانى لبنائى يعرض تسليم أمطائه الخاصة فى كل أنحاء العالم بواسطة البريد الدولى السريع DHL . LAMY, n°2551 P.1493 .

(١٦٦) راجع : LAMY ، الموضوع السابق .

(١٦٧) الفقرة المسبقة من البند الرابع من العقد النموذجي .

(١٦٨) راجع : LAMY, n°2551 p.1493 ، وراجع فى حق المستهلك فى الرجوع فى العقود المبرمة عن بعد

وتطبيق ذلك على العقود المبرمة عبر الإنترنت .

Jérôme HUET : Le droit du multimédia, De la télématique à Internet, Rapport réalisé sous la direction de : Pierre HUET, AFTEL, 1996 (Cinquième partie : Le commerce électronique, par : Jérôme HUET) p. 234.

(١٦٩) ورد حكم مماثل بالبند التاسع من العقد النموذجي وأضاف إلى الأشياء المذكورة الجرائد اليومية والدوريات والمجلات . ومن الواضح أن تقرير هذا الحكم بالنسبة لهذه الأشياء يرجع إلى أنه من المتعذر على البائع أن يبيعها مرة أخرى بعد فتحها ، خاصة وأن بعضها لا يمكن الجزم بما إذا كان قد تم استعماله أو نسخه مثل شرائط الكاسيت .

(١٧٠) وقد ورد بالتعليق على البند المذكور أن هذه الأحكام تعد تطبيقاً للتوجيه الأوروبي الصادر فى ٢٠ مايو ١٩٩٧ .

(١٧١) راجع : LAMY, n°2550 p. 1492 .

(١٧٢) راجع تفصيلاً : LAMY, n°2553 p. 1494 .

. relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (١٧٣)

(١٧٤) راجع أيضاً بشأن حماية البيانات الخاصة أو الحق في الخصوصية وذلك على شبكة الإنترنت في فرنسا والمجموعة الأوروبية وأمريكا :

Jacques RIBS : Table ronde : Enjeux et défis du commerce électronique, Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 34 et s.

(١٧٥) راجع تفصيلاً في تطبيق أحكام هذا التوجيه الأوروبي على البيانات المتداولة عبر الشبكات :

Arlane MOLE : Données personnelles et réseaux ouverts : une directive peut en cacher une autre, Gazette du Palais - Mercredi 29, Jeudi 30 Juillet 1998 p. 20 et s.

كما تشير أيضاً إلى التوجيه الصادر من غرفة التجارة الدولية بشأن الدعاية والإعلان والتسويق على الإنترنت والذي تضمن بعض القواعد التي تستهدف تحقيق الأغراض التالية :

- تدعيم ثقة الجمهور في وسائل الدعاية والتسويق المستخدمة على الإنترنت .

- الحفاظ على حرية المعادين والمهنيين في الإعلان والتسويق .

- تقليل الأسباب التي تدفع للتدخل الحكومي على المستوى الوطني أو الدولي .

- التجاوب مع التوقع المشروع والمعقول بشأن احترام الحياة الخاصة للمستهلك . راجع تفصيلاً :

Brigitte MISSE et Alain BENSOUSSAN : De nouvelles lignes directrices en matière de publicité sur Internet, Gazette du Palais - Vendredi 14, Samedi 15 Janvier 2000 p. 15 et s.

(١٧٦) راجع على سبيل المثال :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 111.

. HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 148 (١٧٧)

(١٧٨) راجع تفصيلاً في المشكلات التي تثار بشأن الأهلية في التعاقد عبر الإنترنت :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 112 et s. ; Nicole TORTELLO et Pascal LOINTIER : Internet pour les juristes, DALLOZ, 1996, p. 152 Alain BENSOUSSAN : Internet, aspects juridiques, HERMES, 1996 p.71.

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 113. (١٧٩)

HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 149 (١٨٠)

ويبدو أن الولايات المتحدة الأمريكية سوف تتخذ مبادرة أكثر تأثيراً واتساعاً في هذا الشأن وذلك من أجل حماية القصر أنفسهم أيضاً تجاه الاستعمالات غير المشروعة للإنترنت والاتصالات وبصفة خاصة ما يرتبط بالعنف والجنس ، فقد تم إصدار مشروع قانون بهذا الشأن لعرضه على الكونجرس تحت عنوان : Communications Decency Act . راجع :

Thomas A. MARTEN : Table ronde : Enjeux et défis du commerce électronique, Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p.33,44.

(١٨١) راجع تفصيلاً :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 100, et s., p.113.; HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 149.

(١٨٢) راجع بصفة عامة في هذا الشرط : عبد الرزاق السنهوري : الرسيط ، العقد ص ٥١٧ وما بعدها ؛ عبد الناصر توفيق العطار : السابق ص ١١٩ وما بعدها) ويستعمل تعبير : أن يكون المحل معلوماً ؛ عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام ٢٥٩ وما بعدها ؛ محمود جمال الدين زكي : السابق ص ١٨٠ وما بعدها ؛ عبد الودود يحيى : السابق ص ١١٢ وما بعدها ؛ عبد الفتاح عبد الباقي : السابق ص ١٩٠ وما بعدها ؛ أنور سلطان : السابق ص ١٢٩ وما بعدها ؛ مصطفى الجمال ص ١٣٧ وما بعدها ؛ محمد لبيب شلب : مصادر ص ٢٠١ وما بعدها ؛ حمدي عبد الرحمن : السابق ص ٣٣٣ وما بعدها .

Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, op. cit. p. 151; Jean-Louis BAUDOUIN , op. cit. p. 126 et s.; Henri et Leon et Joan MAZEAUD et François CHABAS, op. cit. p. 224 et s.; Yvaine HUITTÉ-LAN-LANORE, op. cit. p. 42; Christian LARROMET, op. cit. p.321 et s.; Jean CARBONNIER, op. cit. p.118 et s.; Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, op.cit p. 261 et s., Alain BENABENT, op. cit. p. 80; Jacques GHESTIN, op. cit. p.665 et s.; Rémy Cabrillac, op. cit. p. 49 et s. ; Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER, op. cit. p. 68 et s. ; Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, op. cit. p. 165 et s.

(١٨٣) فقد أشارت الفقرة الأولى من البند الرابع منه بعنوان الصفات الرئيسية للأموال والخدمات المعروضة إلى ضرورة ذكر مسمى الأموال المعنية ومكوناتها وأبعادها وكميتها وألوانها وسماتها الخاصة particularités وغير ذلك من صفاتها الرئيسية كما أشارت الفقرة الثانية منه بوجه خاص إلى وجوب تحديد محل ومحتوى الخدمات المعروضة . وراجع تفصيلاً في وصف المنتجات والخدمات المعروضة على شبكة الإنترنت : LAMY, n°2550 p.1492 .

(١٨٤) ونرى أن لهذه العبارة أهمية بالغة في القانون المدني المصري إذ يمكن اعتبارها تأكيداً من البائع لخلو المبيع ، ويترتب على ذلك بقاء البائع ملزماً بضمان العيب الخفي حتى ولو لم يفحص المشتري المبيع بمعايرة الرجل العادي ، فقد نصت المادة ٤٤٧ (٢) من القانون المدني المصري على أنه «ومع ذلك لا يعمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بمعايرة الرجل العادي ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو إذا أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه ،

(١٨٥) راجع تفصيلاً : LAMY, n°2550 p. 1492 . وورد ذات المعنى في الفقرة الأخيرة من البند الرابع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية والتعليق عليه حيث نص على ألا تدخل الصور الفوتوغرافية للمنشآت الموضحة في نطاق العقد . فإذا نتج عن ذلك الوقوع في غلط فلا يكون التاجر مسؤولاً عن ذلك على أية حال ، كما أشار إلى وجوب رجوع المستهلك للشروط الخاصة بالبائع والمنصوص عليها على الشاشة والتي تتكفل بتحديد محمل هذه العناصر قبل إقدامه على التعاقد .

(١٨٦) كما أضافت محكمة النقض الفرنسية إلى الحالتين السابقتين حالة ثالثة لا يؤخذ فيها أيضاً بشرط الإعفاء من المسؤولية وهي الحالة التي يترتب فيها على هذا الشرط إعفاء المدين من المسؤولية عن عدم تنفيذ التزامه الرئيسي في العقد . راجع تفصيلاً : أسامة أبو الحسن مجاهد : فكرة الالتزام الرئيسي في العقد وأثرها على اتفاقات المسؤولية ، دار الكتب القانونية ١٩٩٩ .

(١٨٧) Lionel Costas : Aperçu sur le droit du commerce électronique aux États-Unis, Droit et patrimoine, n°55, décembre 1997 p.66.

(١٨٨) «قد يختار المتبايعان طريقاً دقيقاً لتحديد المبيع فيقدم أحدهما ، ويكون غالباً هو البائع ، بعينة يجب أن يكون المبيع مطابقاً لها . فيعطى بائع القماش مثلاً للمشتري عينة من القماش الذي يبيعه إياه تكون عادة قصاصه من هذا القماش ، أو يعطى بائع القطن أو القمح أو الورق أو نحو ذلك عينة مما يبيعه يحتفظ بها المشتري حتى يضاهي عليها

ما يتسلمه من البائع من قطن أو قمح أو غير ذلك . والعينة تغنى عن تعيين المبيع بأوصافه فهي المبيع مصغراً ، وبمضاهاة المبيع على العينة يتبين إن كان البائع قد نفذ التزامه تنفيذاً سليماً فيما يتعلق بجنس المبيع ونوعه وجودته وغير ذلك من الأوصاف التي يتميز بها ، وهي في الوقت ذاته تغنى عن رؤية المبيع ، إذ أن المشتري برؤيته للعينة يكون في حكم من رأى المبيع، السهوى ، الوسيط ، البيع ص ٢٩٩ ، ٢٣٠ .

(١٨٩) راجع تفصيلاً في شرط مشروعية المحل في العقد الإلكتروني :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILLIER : op. cit. p. 100 et s., p.113.

وراجع في شرط مشروعية محل العقد بصفة عامة : عبد الرازق السنهوري : الوسيط ، العقد ص ٥٣١ وما بعدها ؛ عبد الناصر توفيق العطار : السابق ص ١٢٥ وما بعدها ؛ عبد المنعم فرج الصدة : مصادر التزام ٢٦٢ وما بعدها ؛ محمود جمال الدين زكي : السابق ص ١٨١ وما بعدها ؛ عبد الوود يحيى : مصادر ص ١١٤ وما بعدها ؛ عبد الفتاح عبد الباقي : السابق ص ٤٢١ وما بعدها ؛ أنور سلطان : السابق ص ١٣٥ وما بعدها ؛ مصطفى الجمال ص ١٥٦ وما بعدها ؛ محمد لبیب شنب : مصادر ص ٢٠٥ وما بعدها ؛ حمدي عبد الرحمن : السابق ص ٣٥٧ وما بعدها :

Henri et Léon et Jean MAZEAUD, et François CHABAS, op. cit. p. 223 et s.; Yvaine BUFFELAN-LANORE, op. cit. p.42. ; Jacques GHESTIN, op. cit. p.801 et s.; Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, op. cit. p. 152 et s. Jean-Louis BAUDOUIN, op. cit. p. 124 et s.; Henri et Léon et Jean MAZEAUD et François CHABAS, op. cit. p. 223 et s. ; Yvaine BUFFELAN-LANORE, op. cit p. 42; Christian LARROMET, op. cit. p. 333 et s. ; Jean CARBONNIER, op. cit. p. 120 et s.; Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, op. cit. p.261; Alain BÉNABENT, op. cit. p. 89 et s.; Jacques GHESTIN, op. cit. p.801 et s. Rémy Cabrillac, op. cit. p. 51 et s.; Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER, op. cit. p. 72 et s.; Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, op. cit. p. 167 et s.

(١٩٠) وقد ترسخ هذا المبدأ في فرنسا حين نصت المادة ٧ من قانون ٢-١٧ مارس ١٧٩١ على أنه اعتباراً من أول أبريل ١٧٩١ «يكون كل شخص حراً في أن يمارس أى تجارة أو مهنة أو فن أو حرفة يراها مناسبة ، ومنذ ذلك الحين تفرغ هذا المبدأ القانوني الهام وهو مبدأ حرية ممارسة التجارة .

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILLIER : op. cit p. 100.

Tout ce qui est dans le commerce, peut être vendu lorsque des lois particulières n'en (١٩١) ont pas prohibé l'aliénation.

(١٩٢) ومن ذلك المبدأ العام الذي يحظر الاتجار بالجسد البشري ، راجع المادة ١٦ وما يليها من القانون المدني الفرنسي وبصفة خاصة المادة ١٦-١ والتي تنص على في فقرتها الثالثة على أن «لا يجوز أن يكون للجسد البشري ، ولا عناصره ولا منتجاته محلاً لحق مالي ، .

"Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial".

كما أنه لا يجوز السعى لإبرام العقود من أجل تسويق بعض عمليات التمويل والتأمين إلا لطائفة معينة من المشروعات وهي التي تتوافر فيها الشروط التي نصت عليها المادة ٢ من القانون رقم ٦ لسنة ٧٢ الصادر في ٣ يناير ١٩٧٢ والخاص بالسعى لإبرام العقود في مجال عمليات التمويل والتوظيف والتأمين .

Relative au démarchage financier et à des opérations de placement et d'assurance.

كما يفيد قانون Evin رقم ٣٢ لسنة ٩١ الصادر في ١٠ يناير ١٩٩١ في فرنسا الإعلان المباشر وغير المباشر عن الكحوليات ومنتجات الدخان .

وينظم القانون الفرنسي التعليم عن بعد ، فيلبي على منشآت التعليم الخاص بالمراسلة أن تقوم بإعلان مسبق *déclaration préalable* ، كما يحظر في هذا الشأن السعي لإبرام العقود ، كما يخضع الإعلان عنه للتنظيم خاص . كما تخضع الدعاية عن المنتجات الغذائية التي تباع بالمراسلة لتنظيم معين ومن ذلك بصفة خاصة أنها يجب أن تتضمن بعض البيانات الإلزامية وذلك وفقاً للمرسوم رقم ١١٤٧ لسنة ٨٤ الصادر في ٧ ديسمبر ١٩٨٤ . راجع تفصيلاً في هذه القيود :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 100 et s.

وراجع في ذات المعنى أيضاً التعليق على البلد الرابع من العقد النموذجي بعنوان الصفات الرئيسية للأموال والخدمات المعروضة ، والذي ورد به أن القانون الفرنسي يحظر بيع بعض الأموال والخدمات عن بعد وعلى سبيل المثال : المنتجات الدوائية ، الأسلحة ، أو التعامل بصفة عامة في الأشياء التي تتعارض مع الآداب العامة أو التي تمثل اعتداء على حرمة الإنسان ، كما يراعى أن بيع العقار يجب أن يتم بمحرر موثق *acte notarié* ، كما يخضع بعض التعاملات لقيود معينة مثل بيع الدخان والكحول والمواد الغذائية وتقديم المعلومات .

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 113. (١٩٣)

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 101 . (١٩٤)

(١٩٥) راجع في مصر القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ المعدل بشأن الأسلحة والذخائر ، وفي فرنسا المادتين ٣ ، ٤ من القانون رقم ٧٠٦ الصادر في ١٢ يوليو ١٩٨٥ .

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 102 .

(١٩٦) راجع في هذا المعنى :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 102, 113 .

وفي ذات المعنى أيضاً التعليق على البلد الرابع من العقد النموذجي بعنوان الصفات الرئيسية للأموال والخدمات المعروضة والذي أشار إلى أن بعض القوانين الأجنبية قد تتضمن حالات أخرى للحظر أو قيوداً أخرى وفقاً لتصورها الخاص بشأن حماية المستهلكين . راجع أيضاً : HANCE et DIONNE-BALZ, p. cit. p. 149 ، ويشير البعض بصفة عامة إلى ضرورة وجود نوع من التنسيق الدولي بشأن الإنترنت أخذاً لبيئتها الدولية في الاعتبار إذ أن الحل الذي يؤخذ به على المستوى الوطني دون مراعاة لما يجري في العالم بهذا الشأن سيؤدي إلى نتائج خطيرة خاصة مع الاتجاهات العالمية للاقتصاد المعاصر . راجع : Joel REIDNBERG, op. cit. p. 14 ، وقد دفع هذا الاعتبار البعض إلى القول بأنه لن يكفي أن تأخذ المنشأة الوطنية التي ترغب في مباشرة التجارة الإلكترونية في الاعتبار جميع التشريعات الخاصة في الدولة التي تنتمي إليها ، بل يتعين عليها أيضاً أن تضع نصب عينيها مثل هذه التشريعات في جميع الدول التي يمكن أن تباع فيها منتجاتها من خلال الشبكة . راجع :

Pierre BREESE : Table ronde : Enjeux et défis du commerce électronique, Gazette du-Palais-Dimanche 18 au Mardi 20 1998 30; Thierry PIETTE-COUDOL et André BÉRTHAND, op. du. cit. p. 184.

إبرام العقد فى التجارة الإلكترونية

سمير برهان

مساعد وزير الخارجية السابق
للشؤون القانونية والدولية والمعاهدات

تقديم

شهد النصف الثانى من القرن العشرين ثورة فى الاتصالات باختراع أجهزة التلكس والفاكس والكمبيوتر (الحاسوب) المتقدمة، التى أسقطت الحواجز المكانية والزمانية بين مناطق العالم المختلفة. وساهم العديد من العوامل، مثل :

(أ) نمو شبكة الاتصالات الدولية (الانترنت) ودخولها حيز الخدمة المدنية، بعد أن كانت مخصصة للاستخدامات العسكرية للقوات المسلحة فى الولايات المتحدة .

(ب) وسهولة الدخول إلى الشبكة والتعامل معها .

(ج) وتخفيض نفقات الاشتراك فى الشبكة .

أدت هذه التطورات إلى زيادة حجم التجارة الدولية وظهور نوع جديد ومستحدث من التبادل التجارى، بين البائعين والمشتريين من مختلف دول العالم، الذين وجدوا فى شبكة الانترنت وسيلة سهلة ورخيصة للانتشار والتسويق على مستوى العالم . فلا يحتاج البائع الآن إلا لمجرد اتخاذ موقع له على شبكة الانترنت أو إنشاء عنوان بريد إلكترونى E-mail، لكى تفتتح أمامه آفاق جديدة من المعرفة والتجارة والخدمات، ويصبح على اتصال بالعملاء من مناطق جديدة، كان يتعذر عليه الوصول إليهم من قبل إلا بشق الأنفس، والكثير من النفقات .

وفى المقابل انفتح المجال بيسر وبلا مشقة أو مجهود أمام المشتريين للتعامل مع البائعين فى الأسواق المحلية والعالمية بضغطة واحدة على جهاز الكمبيوتر لطلب السلعة أو الخدمة المعروضة ودون الحاجة إلى الدخول فى علاقة مباشرة مع البائع، الأمر الذى أصبح يميز التجارة الالكترونية عن التجارة التقليدية، حتى فى أحدث مظاهرها بالتبادل التجارى عن طريق الهاتف (التليفون) حيث يظل البائع والمشتري حكماً على اتصال دائم بينهما فى مجلس العقد رغم تباعد المكان والموقع بينهما .

وقد اتخذ العديد من الحكومات والشركات والمؤسسات التجارية والمعاهد العلمية والجامعات والمستشفيات مواقعاً وعناوين إلكترونية لها على الشبكة الدولية للوصول إلى العملاء والمتعاملين

معها من مختلف أنحاء العالم ، وباتت التجارة الإلكترونية أحد المظاهر الرئيسية في النصف الثاني من القرن الماضي وأوائل الألفية الجديدة .

ويقدر حجم التجارة الإلكترونية في أوروبا خلال عام ٢٠٠١ بحوالي ١١,٨ بليون دولار ينتظر أن تصل إلى مبلغ ٥٠ مليون دولار في عام ٢٠٠٢ . وتشير التوقعات إلى أن حجم التجارة الإلكترونية في الولايات المتحدة عام ٢٠٠٢ سيتجاوز مبلغ ٤٢,٢ بليون دولار^(١) .

وعلى ذلك سنقسم خطة البحث إلى فصلين على النحو التالي :

الفصل الأول : ونبحث فيه سمات التجارة الإلكترونية والعوامل التي ساعدت على انتشارها وأهمية التجارة الإلكترونية والطبيعة القانونية لعقد التجارة الإلكترونية والمسائل القانونية التي تثار بشأنها .

الفصل الثاني : ونكرسه للقواعد المنظمة لإبرام العقد في التجارة الإلكترونية .

الفصل الأول

ونقسمه إلى مبحثين :

نخصص المبحث الأول لخصائص التجارة الإلكترونية ، والعوامل التي ساعدت على نموها وأهميتها في الوقت الحاضر .
ونكرس المبحث الثاني للطبيعة القانونية والمسائل القانونية التي تثار في عقود التجارة الإلكترونية .

المبحث الأول

خصائص التجارة الإلكترونية والعوامل التي ساعدت على نموها وأهميتها في الوقت الحاضر

أولاً - خصائص التجارة الإلكترونية :

تتميز التجارة الإلكترونية بعدد من الخصائص التي تختلف فيها وتتميز عن التجارة التقليدية :

١ - غياب العلاقة المباشرة والحميمة بين الأطراف المتعاقدة :

تدور المفاوضات بين طرفي التعاقد في مجلس العقد للاتفاق على تفاصيل العقد المتوقع إبرامه بينهما (عقد البيع ، إيجار ، هبة .. الخ) . وقد يأخذ إبرام العقد جلسة واحدة أو عدة جلسات لحين الانتهاء من الاتفاق على كل التفاصيل اللازمة . أما في عقود التجارة الإلكترونية ، فلا يكون هناك مجلس للعقد بالمعنى التقليدي ، أو مفاوضات جارية للاتفاق على شروط التعاقد ، لأن البائع يكون في مكان والمشتري قد يبعد عنه بألاف الأميال ، كما قد يختلف التوقيت الزمني أيضاً بين مكانى المشتري والبائع رغم وجودهما على اتصال عن طريق أجهزة الكمبيوتر أو بين إرسال الرسالة الإلكترونية وتلقيها من المرسل إليه بسبب عدم إنزال الرسائل من على الشبكة أو التأخر في إرسالها لتعطل الشبكة .

بل قد يغيب العنصر البشرى تماماً وتتراسل الأجهزة فيما بينها وفقاً للبرامج المعدة لها التى تقوم - فى بعض الشركات- بجرد المخزون من سلعة معينة، وتضع أوامر جديدة للشراء للموردين ، إذا نقص المخزون عن حد معين ، الذين تقوم أجهزة الكمبيوتر لديهم باستلام أوامر الشراء وتنفيذها وإرسال فواتير البيع دون تدخل العنصر البشرى .

٢ - وجود الوسيط الإلكتروني :

وهو جهاز الحاسوب (الكمبيوتر) لدى كل من الطرفين المتعاقدين ، والمتصل بشبكة الاتصالات الدولية التى تقوم بنقل التعبير عن الإرادة لكل من الطرفين المتعاقدين فى ذات اللحظة رغم تباعد المكان والموطن الذى يقيمون فيه .

وعادة ما تصل الرسالة فى ذات الوقت إلى المرسل إليه ، إلا أنه إذا حدث عطل فى الشبكة أو انهيار لها فقد لا تصل الرسالة أو تصل مغلوبة أو غير مقروءة .

وقد تخصص عدد من الشركات - مثل شركات ميكروسوفت الأمريكية وبعض الشركات الأخرى فى أوروبا واليابان - فى إعداد البرامج المتوافقة مع أجهزة الكمبيوتر فى مجالات المحاسبة والإعلان والتسويق وخدمات البيع والعديد من الخدمات الأخرى التى لا تقع تحت حصر ، مما ساهم فى سرعة إنجاز الأعمال بأقل تكلفة ممكنة ، وسهل على الشركات والأفراد التحول من النظام المكتبى الروتيني إلى استخدام الكمبيوتر فى كل ما يمكن توفيره من عمليات .

٣ - السرعة فى إنجاز الأعمال ، وتلقى العديد من الأوراق المكتبية التى كانت تصاحب أوامر البيع والشراء وشحن البضاعة . غير أن الأمان فى إرسال الرسائل عن طريق الكمبيوتر مازال مشكلة قائمة لم يتم التغلب عليها كلية ، لأن البعض من الأشخاص تخصصوا فى الدخول على الحسابات وإرسال الرسائل المغلوبة ، وتوافرت لهم المعرفة التقنية التى ساعدتهم على الدخول إلى حسابات البنوك والحكومات ، أو سحب أموال من حسابات عملاء من البنوك بإرسال أوامر إلى الكمبيوتر المركزى فى البنوك لعمل عمليات نقل مصرفى أو غيرها من حساب إلى آخر أو تحويل أرصدة من داخل البلاد إلى خارجها . بل أن الأمر ذهب إلى أبعد من ذلك بدخول هؤلاء القراصنة إلى أجهزة الحسابات المركزية لبعض المراكز الحساسة مثل أجهزة المخابرات والقوات المسلحة^(٢) .

ثانياً - العوامل التى ساعدت على نمو التجارة الإلكترونية :

ساعد على انتشار التجارة الإلكترونية فى الحاضر ، وما يُتَظَنر أن تكون عليه من تعاضم خلال المستقبل القريب ، العوامل التالية :

١ - التوسع فى استعمال النقود البلاستيكية :

انتشر خلال النصف الأخير من القرن الماضى استعمال كروت الائتمان ، أو ما يطلق عليه «النقود البلاستيكية» التى تصدرها الكثير من البنوك والمؤسسات المالية مثل كروت الفيزا كارد ، والأمريكان اكسبريس .. وغيرها ، والتى يمكن للشخص استخدامها فى عمليات الشراء والبيع وتخفيه عن استخدام النقود الورقية أو المعدنية ، مما سهل عمليات التداول ، وساعد البنوك على زيادة الائتمان والتوسع فى الإقراض . ومما سهل للأفراد الإقبال على هذا النوع من النقود ، الحماية التى تكفلها عند ضياع الكارد الذى يستطيع حامله الاتصال بالبنك أو المؤسسة المصدرة له ووقف استخدامه ، مما يعطى قدرًا من الحماية للحامل الأصلي عند الإبلاغ بضياعه ، ويعرض من استحوز عليه بطريق غير مشروع للمسئولية الجنائية ؛ فضلاً عن أن هذه الكروت تمنح حاملها مدة ائتمان يستطيع الحامل أن يسدد خلالها مسحوباته دون فوائد على أن تسرى الفوائد بعد فترة زمنية معينة (شهر أو ٤٥ يوماً) .

٢ - التطور الكبير فى استخدام الحاسبات وبرامجها :

تطورت أجهزة الحاسبات وظهرت أجيال جديدة تتميز بالسرعة والكفاءة والبساطة فى الاستخدام ، وتكونت شركات متخصصة فى إنتاج وابتكار برامج الحاسب التى تستطيع القيام بعمليات كثيرة واستخدامات متعددة فى مجالات الزراعة والصناعة والتعليم والبحث العلمى والألعاب الترفيهية ، وغيرها من مجالات الفكر والنشاط الإنسانى ، وأدى اختراع شركة مايكروسوفت لنظام وبرنامج النوافذ إلى تيسير استخدام الحاسب على الأشخاص العاديين بعد فترة تدريب قصيرة مما أدى إلى ذبوع استخدام الحاسبات فى البنوك والشركات والأجهزة الحكومية وغيرها ، وبين الأفراد وطلبة المدارس والجامعات .

٣ - اتساع شبكة الاتصالات الدولية (الإنترنت) :

نشأت شبكة الإنترنت أول ما نشأت كشبكة معلومات سرية خاصة بالاستخدامات العسكرية للقوات المسلحة فى الولايات المتحدة الأمريكية ، ثم انتقلت ملكية الشبكة إلى القطاع المدنى ، وتم توسعتها وزيادة قدراتها وإمكانياتها ، واستحدثت استخدامات جديدة لها ، مثل البريد الإلكتروني والمواقع الإلكترونية المتخصصة على الشبكة وقد أتاح إنشاء المواقع الإلكترونية والبريد الإلكتروني

على الشبكة سهولة ويسراً في الاتصالات بين مختلف المناطق الجغرافية في العالم مما لفت نظر الشركات والمؤسسات التجارية إلى أهمية استخدام الشبكة في توسيع حجم السوق وتسويق السلع والخدمات عن طريق الإنترنت ، واتسع حجم التجارة الإلكترونية بمعدل سريع وأصبح في الإمكان شراء الكتب وأجهزة الموسيقى والسيارات ، وتقديم خدمات الإسعاف والاستشارات عن طريق شبكة الإنترنت .

٤ - الاستخدام الواسع للغة الإنجليزية في أعمال التجارة الدولية وبرامج الكمبيوتر وشبكة الإنترنت ، والتي باتت لغة رجال الأعمال والبنوك المهيمنة والمسيطرة على عملياتها المختلفة . وقد ساعد على ذلك بروز الاقتصاد الأمريكي كأقوى اقتصاد عالمي في هذه المرحلة التاريخية من النمو الاقتصادي العالمي ، والذي تواكب مع كون أن أكبر الشركات المنتجة لأجهزة الكمبيوتر IBM وكذلك أكبر شركة للبرامج مايكروسوفت هما شركتان أمريكيتان .

ثالثاً - أهمية التجارة الإلكترونية :

تتمثل أهمية التجارة الإلكترونية ، بالنسبة للمنشآت والمؤسسات التي تستخدمها ، في العناصر الآتية :

١ - تقليل المخزون من البضائع ، حيث يمكن تنظيم الإنتاج ليواجه الطلبات المتوقعة أو أوامر الشراء ، بما يقلل من تكلفة الإنتاج ، ونفقات التخزين ، والحفاظ على مستوى السلع الراكدة في حده الأدنى ، ويزيد في الأرباح وكفاءة التشغيل للمؤسسة أو المنشأة .

٢ - ضغط حجم الأوراق والأعمال المكتبية ، باستخدام الحاسب في تخزين المعلومات ومراقبة الإنتاج وأعمال المخازن وتوفير السجلات والدفاتر التجارية ، وأمكن بالتالي حسن توجيه العمالة إلى الأعمال الإنتاجية المتخصصة ، وقد كان لاستحداث أجيال من الحاسبات ذات الذاكرة المتسعة التي تحتفظ وتخزن وتسترجع كل المعلومات اللازمة في أقصر وقت ، فضلاً عن اتصالها بشبكة المعلومات التي تعمل كمركز معلومات كامل يستطيع تزويدها بكل المعلومات اللازمة عن موضوع ، أو قرار ، أو قضية معينة بيسر وسرعة .

٣ - الربط بين أجهزة وفروع المؤسسات والهيئات المختلفة بأقل تكلفة ، فقد أصبح في الإمكان - عن طريق الحسابات الأساسية والأجهزة الطرفية - إقامة نظام فعال للاتصال لإصدار القرارات ، ومراقبة التنفيذ بين الشركة الأم وفروعها المختلفة ، أو بين أجهزة الحكومة المتعددة ، بما يحقق الكفاءة في اتخاذ القرار والسرعة في إنجاز الأعمال ، ومراقبة التنفيذ .

المبحث الثانى

الطبيعة القانونية لعقد التجارة الإلكترونية والمسائل القانونية التى تثار بشأنه

أولاً - الطبيعة القانونية لعقد التجارة الإلكترونية :

يمر عبر شبكة الإنترنت يومياً الآلاف من العقود التى تبرمها الأطراف المتعاقدة ، من بيع وشراء واستلجار لمختلف السلع والخدمات ، الأمر الذى يدعونا إلى تحليل هذه العقود وإمعان النظر فى طبيعتها وتصنيفها كعقود رضائية ، تخضع لمبدأ سلطان الإرادة والتراضى بين الأطراف المتعاقدة ، أو عقود إذعان لا يكون لأحد الأطراف فيها حرية الإرادة التى تمكنه من التفاوض حول شروط العقد ، ولا يكون له إلا الاستجابة للشروط الموضوعية من الطرف الآخر ، دون أن يملك مناقشتها أو التعديل فيها أو الاعتراض عليها ، مما يقربها إلى عقود الإذعان مثل الغاز والكهرباء والنقل . وهناك نظريتان فى هذا الموضوع :

١ - العقود الإلكترونية من طبيعة عقود الإذعان^(٣) :

يرى بعض الفقه فى القانون الإنجليزى أن عقود التجارة الإلكترونية هى بمثابة عقود إذعان ، وإن لم يصرح بذلك صراحة على اعتبار أن المتعاقد لا يملك إلا أن يضغط فى عدد من الخانات المفتوحة أمامه فى موقع البائع ، أو المشتري ، على المواصفات التى يرغب فيها من السلعة وعلى الثمن المحدد سلفاً ، الذى لا يملك مناقشته أو المفاوضة عليه مع المتعاقد الآخر ، وكل ما يتاح له هو إما قبول العقد برمته أو رفضه كلية .

٢ - العقود الإلكترونية عقود رضائية^(٤) :

غير أن وجهة النظر هذه تستبعد الشروط الأخرى فى عقد الإذعان الذى هو عادة من عقود الاحتكار والمنافسة الضيقة ، مثل عقود توريد الكهرباء والغاز والمياه التى تمس مصلحة حقيقية

وتقدم خدمة لا يستطيع المستهلك الاستغناء عنها بسهولة ، فى الوقت الذى يوجد محتكر وحيد أو عدد قليل من المنتجين لهذه السلعة الذين يقومون بتحديد أسعار بيعها للمستهلك .

والرأى عندنا أن مبدأ الرضائية مازال يسود العقود الإلكترونية على اختلاف أنواعها ، وأن حرية الأطراف المتعاقدة لم تتواضع لتكون مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفاً ، فيجوز لأحد الأطراف شراء السلعة من منتج أو مورد آخر إذا لم تعجبه الشروط المعروضة ، لأن هناك عدداً كبيراً من البائعين والمشتريين الذين يتعاملون فى السلعة ، فإذا ما أراد أحد الأشخاص شراء سيارة فهناك عدد كبير من منتجي السيارات ذات الأشكال والأحجام والقدرات المختلفة ، وعليه فإن تفصيل الشروط التى يضعها العارض إنما هى تحليل للإيجاب أو للدعوة إلى المتعاقد وتبسيطه إلى طلبات وأوامر صغيرة تستجيب لكل صفة من صفات المنتج بغرض تقليل الزمن والمجهود وتسهيل عمليات البيع والشراء التى تتم عادة عن طريق أجهزة الكمبيوتر ، فإذا أراد أحد المشتريين شراء سيارة ٤ سلندر من لون أسود ، فعليه البحث عن المنتجين الذين ينتجون هذه النوعية من السيارات ، فورد ، فولكس فاجن ، فيات ، بيجو ، رينو ، مرسيدس .. وغيرها . وعليه أن يحدد نوع السلندرات المطلوبة ، ١٤٠٠ ، ١٦٠٠ ، ١٨٠٠ .. ثم يحدد اللون ، أسود ، أحمر .. أو غيره / ثم يحدد النوع ، ليموزين ، كوبيه ، ٤ أبواب أو بابين ، أو غيرها .. ويضغط على المفتاح المناسب فى قائمة الطلبات التى يعرضها المنتج حتى يستقر على نوع السيارة المطلوبة .. ثم يضغط على مفتاح القبول النهائى بعد ظهور ثمن السيارة المحدد بتلك المواصفات وبذلك تتم عملية البيع والشراء دون تدخل العنصر البشرى عادة .

وإذا كنا أوضحنا أن عقد التجارة الإلكترونية عقد رضائى ، مثله مثل عقود البيع والإيجار لتقديم سلعة أو خدمة ، فإننا سنجاول أن نحدد ماهية عقد البيع فى التجارة الإلكترونية الذى يعد أوسع العقود مجاًلاً فى الحياة العملية ويشكل الغالبية العظمى من العقود التى تتم على شبكة الإنترنت، وتتجاذب الفقه والقضاء ثلاثة اتجاهات :

(أ) العقد الإلكتروني إما أن يكون عقد بيع سلعة أو عقد بيع خدمة :

وقد حكمت محكمة الاستئناف فى إنجلترا فى قضية *St. Albans City^(٥) and District Council V. International Computer Ltd.* بأن عقد بيع برنامج الكمبيوتر المسجل على قرص Disk يندرج ضمن عقود بيع البضائع فى حين أن برنامج الكمبيوتر ذاته *per se* لا يعد كذلك لأنه نتاج النشاط الذهني وحق من حقوق الملكية الفكرية لصاحبه . واستلذت المحكمة إلى أن

التعريف الوارد في قانون بيع البضائع الإنجليزي لعام ١٩٧١ وقانون توريد البضائع والخدمات لعام ١٩٨٢ يسمح بإدخال الأقراص دون البرنامج على تعريف البضائع الواردة فيهما .
ويقوم هذا التعريف على التفرقة والتمييز بين القرص كشيء مادي يمكن أن يكون محلاً للتداول كسلعة ، وبين البرنامج المسجل عليه الذي هو حق من حقوق الملكية الفكرية وهي تفرقة تبدو غريبة وغير منطقية ، لأنه لا يمكن الفصل بين البرنامج والقرص المسجل عليه ، لا سيما وأن القرص والبرنامج المسجل عليه يباع بثمن واحد للمستهلك دون أن يفكر البائع أو المشتري في أن يحدد لأي منهما سعراً مختلفاً

(ب) العقد الإلكتروني عقد بيع سلعة :

انتقد الفقه في إنجلترا التفرقة التي جاءت في حكم قضية سان البان باعتبارها تفرقة غير منطقية لأنها تسمح بالتفرقة بين منتجات إلكترونية ذات طبيعة واحدة وإخصاؤها لأحكام قانونية مختلفة لمجرد اختلاف وسائط البيع medium التي يتم بها . فبرامج الكمبيوتر التي تباع إلى المشتري على أقراص Floppy disks تعد سلعاً في حين أن البرامج المنقولة مباشرة على شبكة الإنترنت أو في أى نظام اتصالات مشابه تعد خدمة .
ويعد هذا الانتفاء في رأينا صائباً ، لأنه لم يعد يمكن التفرقة بين القرص المرين والبرامج المسجلة عليه ، ويتم عملية البيع والشراء على الاثنين معاً .
وقد تداركت محكمة الاستئناف في الولايات المتحدة هذا الخلط في قضية Advent Systems Limited v. Unisys Corp واعتبرت أن هناك اتجاهًا قويًا لاعتبار كل البرامج والأقراص المدمجة وغيرها المنتجة لأغراض السوق الكبير هي بضائع .

(ج) عقد البيع الإلكتروني من طبيعة خاصة Sui Generis :

أخذ بهذا المعيار القضاء الاسكتلندي في قضية v. (Europe) Ltd, (٦) Beta Computer (Europe) Ltd. فقد أخذت المحكمة بوجهة النظر القائلة بأن عقد بيع الأقراص disks ليس مجرد عقد بيع أقراص وحده وليس عقد تقديم خدمات (معلومات) بوصفها نتاجاً ذهنياً ، ولكن العقد يعد عقداً مركباً لشراء منتج مركب يتكون من الوسيط والمعلومة المسجلة عليه أو فيه ، والتي تمثل حقوق الملكية الفكرية للمؤلف ، وعلى هذا فيعد العقد من طبيعة خاصة (٧) .

ونرى أن عقد الملكية الفكرية قد اندمج مع عقد بيع الاسطوانة المرنة وأصبح الاثنان يكونان شيئاً واحداً هو محل العقد الذى يرد عليه عقد البيع .

ثانياً - المسائل القانونية التى تثار فى عقد التجارة الإلكترونية^(٨) :

تتم التجارة الإلكترونية بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس للعقد ، وقد يكونان فى دولة واحدة أو فى دولتين مختلفتين مما يؤثر المسائل التالية :

أولاً - اعتبار الإعلان عن السلعة على الموقع الإلكتروني إيجاباً أو مجرد دعوة إلى التعاقد^(٩) :

علمنا أن العقد ينعقد بصدور إيجاب من الموجب أو عرض لبيع أو شراء سلعة ما يوجه إلى الجمهور ، فهل يعد الإعلان على الشبكة الإلكترونية إيجاباً باتاً ينعقد بموجبه العقد إذا تلاقى مع القبول ، أو أنه مجرد دعوة إلى التعاقد مثاله مثل الشخص الذى يضع سلعة فى نافذة متجره أو وقوف سيارة أجرة فى المكان المخصص لذلك ؟

وفى عقود التجارة الإلكترونية يميل الفقه إلى اعتبار الإعلان عن السلعة فى الموقع الإلكتروني أو فى البريد الإلكتروني بأنه ليس إيجاباً باتاً ، إنما هو دعوة إلى التعاقد من الطرف الأول وتكون الاستجابة من الطرف الثانى بقبوله الدعوة أو العرض هو الإيجاب الحقيقى الذى إذا لاقى قبولاً من الطرف الأول يتم به انعقاد العقد .

والعقود الإلكترونية التى تتم على شبكة الإنترنت تكون عادة متضمنة شرطاً صريحاً أو ضمناً هو توافر العدد الكافى من السلعة لدى البائع لأن البائع لن يكون فى مقدوره الاستجابة إلى كل طلبات الشراء من كل أنحاء العالم .

ومن ثم فإن صياغة إعلان الدعوة إلى التعاقد أو العرض يتعين أن تكون فى غاية الوضوح والدقة حتى لا تعد إيجاباً ويصبح الموجب مسئولاً عن الإخلال بالعقد إذا تلاقى القبول بالإيجاب .

ثانياً : القواعد المقيدة للمصادر أو الواردات :

تضع بعض الدول حظراً على تصدير السلع والبضائع أو الخدمات إلى دول معينة ، مثل القيود التى تضعها الولايات المتحدة على تصدير السلع الأمريكية إلى دول كوبا ، والعراق ، وليبيا ، وكوريا الشمالية . ولما كان المشتري من إحدى هذه الدول يستطيع - عن طريق الإنترنت -

وضع طلب لشراء بضائع أمريكية ، فإن قبول البائع الأمريكي يترتب عليه مسئولية مخالفة قواعد الصادرات الأمريكية التي هي من قواعد النظام العام الأمريكي .

ولهذا يتعين أن يتحرز المصدر الأمريكي بأن يضع شروطاً في الدعوة إلى التعاقد التي يضعها في موقعه على شبكة الإنترنت تبين بجلاء ووضوح أن هذه البضائع لا تصدر إلا إلى مناطق معينة أو إلى أشخاص من جنسية غير محظور التعامل معهم ، أو قاصرة على الأشخاص الأمريكية وحدها حتى لا يعرض التاجر الأمريكي نفسه لعقوبة مخالفة قوانين حظر التصدير الأمريكية .

كما قد يضع التاجر الأمريكي شرطاً إضافياً بإمكان الرجوع في التعاقد (خيار الرجوع) إذا ثبت أن مصير البضائع الأمريكية سيؤول إلى شخص طبيعي أو اعتباري محظور عليه التجارة مع الولايات المتحدة الأمريكية . وعادة ما يكون لكل كمبيوتر متصل بالشبكة عنوان دائم أو مؤقت يمكن عن طريقه الوصول إلى دولة الأصل ، إلا أنه ببعض الوسائل الإلكترونية يمكن إخفاء دولة الأصل عن طريق سلسلة من العناوين الإلكترونية بما يلقي على التاجر عبء أن يقوم بفحص العنوان كوسيلة تحقيق أولى . وعلى العموم يمكن أن تتحقق المحكمة التي يثار أمامها النزاع من أن التاجر قد بذل عناية الشخص المعتاد في التحري عن عنوان المشتري ، وأن المشتري هو الذي قام عن قصد وبسوء نية بإخفاء شخصيته الحقيقية وعنوانه ويعد مرتكباً لجريمة التدليس أو الغش وفقاً للنظام القانوني المعنى .

ثالثاً - الأنشطة غير المشروعة أو المقيدة :

قد تكون بعض الأنشطة المعروضة على شبكات الإنترنت مسموحاً بها في بعض المناطق أو الدول ، وغير مسموح بها في بعض الدول الأخرى ، مثل أنشطة القمار والأفلام المخلة بالآداب pornography . وقد حكم القضاء في عدد من القضايا ، وخاصة في الولايات المتحدة ، بمسئولية المواقع التي توجه عن قصد أنشطتها إلى داخل تلك الدول أو الولايات لمخالفته لقواعد النظام العام للدولة أو الولاية المعنية .

ففي قضية Minnesota v. Granite Gate Resorts اتصل عدد من مواطني ولاية مينسوتا بأحد المواقع التي تعلن عن القمار في ولاية نيفادا الأمريكية المشهورة بأندية القمار ، وأعلنت المحكمة في مينسوتا اختصاصها على أساس أن المدعى عليه قد قصد الاتجار داخل ولاية مينسوتا عن طريق موقعه على شبكة الإنترنت^(١١) .

وفي قضية *US. v. Thomas* ^(١١) حكمت المحكمة الفيدرالية في ولاية تينيسي باختصاصها ، وطبقت القانون المحلي وحكمت ضد موقع على شبكة الإنترنت يمتلكه شخص في ولاية كاليفورنيا يقوم بتقديم الأفلام المخلة بالآداب ولا يعفى الموقع من الخضوع لقضاء الطبيعة السلبية للموقع على الإنترنت ويعدم تحقيق أرباح من وراء الإعلان عنه على الشبكة .

وفي قضية *Playboy Enterprises Inc. v. Chuckleberry Publishing Inc* ^(١٢) حكمت المحكمة بأن موقع الإنترنت يمكن مشاهدته باعتباره إعلاناً دعائياً ويتم من خلاله توزيع الصور في الولايات المتحدة . وأن المواطن المحلي عندما ينزل هذه الصور على جهاز الكمبيوتر بترتيب يماثل إرسال الصور إلى الولايات المتحدة وليس كما يدعى الخضوع بعدم التماثل ، وأنه بدعوة المستخدمين للكمبيوتر في الولايات المتحدة لإنزال هذه الصور من الموقع يكون هذا الموقع سبباً ومساهماً في توزيع هذه الصور في الولايات المتحدة ما يرتب اختصاص المحكمة الأمريكية .

ويجوز لصاحب الموقع أن يضع قيوداً أو شرطاً لإنزال البرنامج من الموقع بأن مشاهدته أو إنزال الصور منه يقتصر على الأشخاص من دولة معينة ، ويخلى مسؤوليته من إنزال هذه الصور أو الأفلام في دولة أخرى ، بشرط أن يكون تصرف صاحب الموقع اللاحق خالياً من الغش أو الخداع .

ففي قضية *Granite Gate* فبالرغم من أن صاحب الموقع قد وضع قيوداً على إنزال واستخدام الموقع إلا بموافقة السلطات المحلية فقد حكمت المحكمة بأن التصرف اللاحق لصاحب كان بغرض الوصول وتحقيق الأرباح من المواطنين في ولاية ميسوتا .

رابعاً - البيع إلى ناقصى الأهلية :

تنظيم القواعد القانونية في الدول المختلفة حماية ناقصى الأهلية بجعل العقود التي يبرمها هؤلاء قابلة للإبطال لمصلحتهم ^(١٣) . وفي عقود التجارة الإلكترونية تتعارض مصلحتان :

الأولى مصلحة القاصر في إبطال تعاقدته وفقاً للقواعد العامة ؛ و

الثانية : مصلحة التاجر أو المتعاقد مع القاصر بحسن نية ، الذي يرى انهيار عقوده إذا طعن القاصر في العقد بالإبطال ؛ لا سيما وأن التاجر في عقد البيع الإلكتروني ليس في مقدوره التيقن من عمر المتعاقد الآخر معه في كل حالة ، وإذا ما طالبناه بذلك ، نكون قد حملناه بما لا يطيق .

وعلى ذلك يفرق القضاء الإنجليزي بين حالتين :

(أ) العقود البسيطة التي يبرمها القاصر عبر شبكة الإنترنت مثل شراء الكتب أو الاسطوانات والأطعمة وغيرها من السلع ، وهي لا يجوز الحكم بإبطالها .

(ب) أما العقود الأخرى ذات القيمة الكبيرة مثل السيارات والشقق السكنية والعقارات وغيرها فإنها تخضع للأصل العام بإبطال هذه العقود لمصلحة القاصر حتى ولو تضرر التاجر أو المتعاقد مع القاصر انصياعاً لأحكام النظام العام .

غير أنه لاختلاف دولة القاصر عن دولة التاجر واشتراط التجار في كثير من عمليات البيع التي تجرى على الإنترنت تسديد ثمن المشتريات قبل إرسال البضائع عن طريق كروت الائتمان وغيرها فقد يصبح من المتعذر رفع دعوى الإبطال في دولة التاجر لما يتكلفه ذلك من مشقة وكلفة على القاصر ، لأن على القاصر أن يذهب إلى التاجر في دولته لمقاضاته وفقاً لقواعد المرافعات .

وعلى ذلك فإنه يجدر بالمعاملين على شبكة الإنترنت وضع شرط يسمح بالتحقق من سن المتعاقد الآخر وأهليته بحيث إذا ما ارتكب القاصر غشاً أو تدليساً يجوز للمتعاقد الآخر معه عند إبطال العقد مطالبته بالتعويض^(١٤) .

خامساً - عقود الموظفين :

يرتبط الموظف مع رب العمل - فرداً أو شركة - برابطة تعاقدية أو نظامية يتم بمقتضاها تحديد اختصاصات الموظفين في التعامل مع الغير باسم الجهة التي يتبعونها . فإذا تصرف الموظف وفقاً للاختصاص الممنوح له كان تصرفه سليماً ورتب آثاره في ذمة رب العمل . أما إذا تصرف الموظف بخلاف ذلك وخارج نطاق اختصاصه ، جاز لرب العمل أن يتصل من العمل ، بما قد يضر بالمتعاقد حسن النية مع الموظف .

وفي القانون الإنجليزي فإنه إذا كان الوضع الظاهر يشير إلى أن الموظف يتصرف وفقاً لاختصاصاته فإن عقوده تعد سارية وناذرة في حق رب العمل^(١٥) بصرف النظر عن حقيقة وضع الموظف وتصرفه وفقاً للاختصاص المحدد له من عدمه . ويسير القانون الأمريكي على ذلك المنوال^(١٦) .

وعلى هذا يتعين على أرباب الأعمال في العقود كبيرة القيمة أن يعلنوا بوضوح على الشبكة حدود تصرفات الموظفين المخولين بتوقيع العقود حتى يكون الغير على علم بتلك الاختصاصات .

ومن ثم فإن العقد فى التجارة الإلكترونية يتعين :

أولاً : صياغته بدرجة من الدقة والوضوح بحيث يعبر عن نية وقصد صاحب الموقع على الشبكة أو البريد الإلكتروني بتوضيح إما أن العقد دعوة إلى التعاقد لا ترتب التزاماً ، أو أنه إيجاب بات موجه إلى الجمهور به يعقد العقد .

ثانياً : الإعلان عن كل الشروط المقيدة للدعوة إلى التعاقد أو الإيجاب (قيود الاستيراد أو التصدير أو حظر البيع للقصر ، أو اختصاصات القائمين بالتنفيذ من الموظفين) حتى لا تترتب مسؤولية التعاقد فى حالة الإخلال بالتعاقد أو الخروج عن مقتضيات النظام العام .

الفصل الأول

إبرام العقد

نتناول إبرام العقد فى النظرية التقليدية وفى قانون الأونسترال النموذجى ومشروع القانون المصرى للتجارة الإلكترونية وذلك وفقاً للتفصيل التالى :

(أ) النظرية التقليدية :

يتم إبرام العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين . ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة باللفظ أو الكتابة وبالإشارة المتعارف عليها ، أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالة على حقيقة المقصود^(١٧) .

ويتم التعبير عن الإرادة بإيجاب من أحد الأطراف وقبوله من الطرف الآخر مساو للإيجاب دون إدخال أي تغيير عليه ، وإلا اعتبر إيجاباً جديداً يستأهل قبولاً من الموجب الأول ، ولا ينعقد العقد إلا بموافقة الطرف الأول عليه^(١٨) .

وينتج التعبير أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يعم الدليل على عكس ذلك ، وقد أخذ القانون المصرى بنظرية العلم بالقبول ، فلا ينعقد عقد البيع – على سبيل المثال – إلا إذا اتصل القبول بعلم الموجب له^(١٩) .

(ب) إبرام العقد فى القانون النموذجى للأونسترال :

تنص المادة ١١ بشأن تكوين العقود وصحتها على أنه : [فى سياق تكوين العقود ، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك ، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض ،

وعند استخدام رسالة بيانات فى تكوين العقد ، لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك العرض] .

ونستخلص من هذه المادة القواعد التالية :

١ - مبدأ رضائية عقد التجارة الإلكترونية :

أن تكوين العقد فى قانون الأونيسترال مازال يخضع لحرية الأطراف المتعاقدة عن طريق الإيجاب والقبول (العرض وقبول العرض) سواء أكان العقد بيعاً أو إيجاراً أو عقد خدمات مثل خدمات الاستشارات القانونية أو الطبية أو غيرها . ولا يعد القبول - فى رأينا - فى عقد الأونيسترال إنعانا لمشية الطرف الآخر .

٢ - جواز استخدام رسالة البيانات كتعبير مقبول عن الإرادة :

جواز أن يكون التعبير عن الإرادة - بالإضافة إلى الوسائل التقليدية^(٢٠) كالكتابة أو التعبير الشفهى والإشارة المتدالة - برسالة بيانات .

وقد عرفت رسالة البيانات فى المادة الأولى من القانون بأنها : المعلومات التى يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو وسائل مشابهة ، بما فى ذلك - على سبيل المثال لا الحصر - تبادل البيانات الإلكترونية ، أو البريد الإلكتروني ، أو البرق أو التلكس ، أو النسخ البرقى .

ومعنى ذلك أنه يجوز أن يكون الإيجاب والقبول عن طريق إرسال إشارة الكترونية من جهاز كمبيوتر إلى جهاز آخر أو عن طريق رسالة تلكس أو رسالة فاكس أو غير ذلك من الوسائل التى قد يبتكرها العلم الحديث .

وجوز للأطراف أن تعتبر هذه الوسائل المستحدثة رسائل أصلية دون الحاجة إلى تعزيزها برسائل بريدية أو رسائل مكتوبة ، كما يجوز لهذه الأطراف الاتفاق على ألا تكون لهذه الرسائل أثر إلا إذا عززت بوسيلة أخرى كتابية ، ولا ينعقد العقد إلا بوصول الرسالة المؤيدة للإيجاب أو القبول . ويكون الأثر القانونى للرسالة الأولى أنه مجرد دعوة إلى التعاقد تفقد كل قيمة قانونية لها إذا لم تعززها رسالة أخرى خلال زمن معين يتفق عليه . كما يجوز للأطراف الاتفاق على أنه إذا

اعتبرت الرسالة الإلكترونية رسالة ذات أثر قانوني أن ينمحي كل أثر قانوني لهذه الرسالة إذا وصلت ناقصة أو مشوشة أو مغلوطة أى إذا انقطع الاتصال ولو لمدة قصيرة أثناء الإرسال تكفى لإحداث الشك فى سلامة الرسالة ، ويقع على عاتق الطرف المستقبل إثبات أن الرسالة وصلت بهذه الطريقة غير السليمة وفقاً للقواعد العامة للإثبات ، فالبينة على من ادعى .

٣ - اعتراف الأطراف برسائل البيانات :

تنص المادة ١٢ من القانون النموذجي على أنه : «فى العلاقة بين منشئ الرسالة الإلكترونية والمرسل إليه لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات» .

ويتبين من ذلك مايلى :

(أ) فى العلاقة بين منشئ الرسالة الإلكترونية والمرسل إليه فإن التعبير عن الإرادة فيما بينهما يظل محتفظاً بقيمته ، وتترتب عليه آثاره القانونية بإنشاء الالتزام أو تعديله أو إلغائه وفقاً لقاعدة «العقد شريعة المتعاقدين» .

(ب) فى خارج العلاقة بين الأطراف لا يترتب على الالتزام آثاره بالنسبة للخلف العام والخلف الخاص والدائنين إلا وفقاً للقواعد العامة^(٢١) .

٤ - إسناد رسائل البيانات :

تنص المادة ١٣ من القانون النموذجي على :

١ - تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ ويترتب عليه أثرها القانوني وتلزمه ، إذا كان :

(أ) هو الذى قام بإرسالها بنفسه على جهاز الكمبيوتر ، وليس معنى هذا أن يقوم الشخص بالضرورة بإرسال الرسالة بذات شخصه ، فإنه يكفى - فى رأينا - أن يقوم الشخص بإصدار أوامره بإرسال الرسالة على الجهاز المرسل منه ، كما لو كان الشخص رئيس مجلس الإدارة فى شركة يختص بالموافقة على العقود بها .

(ب) إذا كان من أرسل الرسالة يعمل نائباً عن المنشئ سواء أكان نائباً قانونياً كالولى على القاصر ، أو نائباً اتفاقياً ، كالوكيل كما لو كان الشخص يعمل كرئيس مجلس إدارة الشركة أو العضو المنتدب لها ، أو نائباً قضائياً كالسنديك بالنسبة للشركة تحت الإفلاس .

(ج) إذا كانت الرسالة قد أرسلت من غير تدخل العنصر البشرى عن طريق برنامج أعدده المنشئ أو نائبه للعمل تلقائياً بمجرد تلقى رسالة من الجهاز الآخر أو من الطرف الآخر .
وقد اعتبر القانون النموذجي أن إرسال الرسالة من المنشئ أو من نائبه أو من جهاز تحت سيطرته قرينة قانونية على إسناد الرسالة إلى المنشئ ذاته، غير أن هذه القرينة تقبل إثبات العكس ، ويقع على المنشئ ذاته فى العلاقة بينه وبين الطرف الآخر إثبات أنه لم يقم - سواء بالذات أو بالواسطة - بإنشاء هذه الرسالة ، بل هى رسالة من شخص ثالث تدخل بطريقة غير مشروعة فى إرسالها ، أو أنها وصلت مغلوبة .

٢ - افتراض أن الرسالة ملزمة للمنشئ فى العلاقة بينه وبين المرسل إذا :

(أ) طبق المرسل إليه تطبيقاً سليماً من أجل التأكد من أن رسالة البيانات ، قد صدرت عن المنشئ بإجراء سبق أو وافق عليه المنشئ لهذا الغرض ؛ أو
(ب) كانت رسالة البيانات كما تسلمها المرسل إليه ناتجة عن تصرفات شخص تمكن ، بحكم علاقته بالمنشئ أو بأى وكيل للمنشئ ، الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشئ لإثبات أن رسالة البيانات صادرة عنه فعلاً .

من هذا يتبين أن القانون النموذجي يفترض صحة رسالة البيانات المرسلة من المنشئ إلى المرسل إذا كان المرسل إليه قد نفذ التعليمات التى سبق وأن أصدرها له منشئ رسالة البيانات بحذفها ، وأن رسالة البيانات ، رغم أنها لم تصدر من المنشئ إلا أن الشخص الذى أرسلها للمرسل إليه كان فى وضع يسمح له ، بحكم علاقته بالمنشئ أو بوكيله (موظف لديه ، أو وكيلاً عنه) من استخدام الطريقة المتفق عليها بين المنشئ والمرسل إليه . وهذا بالطبع يفترض حسن النية بالنسبة لهذا الشخص فلا يكون قد توصل إلى تلك الطريقة بوسيلة غير مشروعة أو عن طريق الغش ، ففي هذه الحالة لن يمكن نسبة الرسالة إلى المنشئ ويقع على المنشئ إثبات أن الرسالة لم تصدر عنه بطريقة مشروعة ، بل أرسلت عن طريق السرقة أو الغش والخداع .

٣ - يجوز نفى هذا الافتراض فى العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه إذا :

(أ) تسلم المرسل إليه إشعاراً خطياً أو شفوياً ، أو رسالة ، بأى وسيلة كانت بالفاكس أو التلكس تفيد أن رسالة البيانات المرسلة عن طريق الكمبيوتر ، لم تصدر عن المنشئ أو نائبه القانونى ، وأن تصل تلك الرسالة إلى المرسل إليه فى وقت مناسب يستطيع التصرف فيه على هذا الأساس . إنما إذا كانت الرسالة الدافعية قد وصلت فى وقت متأخر بحيث

قام المرسل إليه بإرسال القبول أو الإيجاب حسبما تكون الحالة فإن المنشئ تظل مسئوليته قائمة في العلاقة بينه وبين المرسل إليه .

(ب) أن المرسل عرف فعلاً أو حكماً أو كان يستطيع أن يتصرف على حقيقة الرسالة إذا استخدم جهداً أو عناية معقولة ، أو استخدم طريقة للأمان متفقاً عليها بين المنشئ والمرسل إليه للتحقق من صحة إرسال الرسالة من أى منهما إلى الآخر . فإذا لم يبذل المرسل إليه عناية معقولة أو استخدم وسيلة الأمان المتفق عليها وعند قيام الشك في طبيعة الرسالة ، لم يكن من الجائز نسبة الرسالة إلى المنشئ ويظل المرسل إليه مسؤولاً قانوناً عن الأثر الناتج عنها .

٣ - نسبة الرسالة السليمة إلى المنشئ :

تنص المادة ١٢ - ٥ على أنه : عندما تكون رسالة البيانات صادرة عن المنشئ أو عندما تعتبر أنها صادرة عن المنشئ أو عندما يكون من حق المرسل إليه أن يتصرف على أساس هذا الافتراض . يحق عندئذٍ للمرسل إليه في إطار العلاقة بين المنشئ والمرسل أن يعتبر أن رسالة البيانات كما تسلمها هي الرسالة التي قصد المنشئ إرسالها وأن يتصرف على أساس هذا الافتراض وعلى ذلك فإنه في العلاقة بين منشئ الرسالة وتسليمها إذا : (١) صدرت الرسالة عن المنشئ (٢) أو عند افتراض نسبتها إلى المنشئ وفقاً لنص المادة ١٣-٣ فإن متسلم الرسالة يجوز له الركون إلى صحة الرسالة كما تسلمها وأنها بعيدة معبرة عن قصد المنشئ ما لم تكن الرسالة واضحة الخطأ في شخص المرسل أو المرسل إليه أو في عنوان أى منهما . أو كانت الرسالة مرسلة بخطأ في الإرسال أو البث وثار الشك في ذهن المرسل إليه وكان يمكنه بقدر من العناية المعقولة للتحقق من نسبة الرسالة إلى المنشئ من عدمه . ففي هذه الحالة الأخيرة لا يجوز اعتبار الرسالة صادرة أو معبرة عن قصد المنشئ ، وفي هذا حماية للوضع الظاهر .

٤ - إستقلالية رسالة البيانات :

تنص المادة ١٢-٦ على أنه : يحق للمرسل إليه أن يعامل كل رسالة بيانات يتسلمها على أنها رسالة بيانات مستقلة وأن يتصرف على أساس هذا الافتراض إلا إذا كانت نسخة ثانية من رسالة بيانات أخرى . وعلى ذلك يجوز للمرسل إليه أن يعتبر أن كل رسالة بيانات وحدة قائمة بذاتها وأنها تتضمن إيجاباً أو قبولاً جديدين وله أن يرتب على ذلك الأثر القانوني اللازم ما لم يكن المنشئ قد ذكر صراحة أن هذه الرسالة نسخة ثانية أو مكررة من رسالة أخرى أرسلت إلى المرسل إليه ،

أو كان فى مقدور المرسل إليه بقدر معقول من العناية اكتشاف أن هذه الرسالة هى نسخة مكررة أو نسخة ثانية من رسالة أولى سواء تسلم هذه الرسالة الأولى أو لم يتسلمها . ويجوز ذكر هذا البيان فى الرسالة الثانية ذاتها أو فى رسالة منفصلة .

٥ - الإقرار بالاستلام :

تقرر المادة ١٤ تطبيق الفقرات من (٢) إلى (٤) من تلك المادة عندما يكون المنشئ قد طلب من المرسل إليه ، وقت أو قبل توجيه رسالة البيانات أو بواسطة تلك الرسالة توجه إقرار باستلام رسالة البيانات أو اتفق معه على ذلك . ولذلك فإنه يجوز فى العلاقة بين منشئ الرسالة الإلكترونية وبين متلقيها أن يشترط ألا يكون لرسالة البيانات قيمة أو أثر قانونى ، إلا إذا أقر المستلم أو المرسل إليه باستلامها وذلك فى وقت معقول ، فإذا لم يتلق المنشئ هذا الإقرار جاز له أن يبنى على ذلك أن الرسالة لم تصل إلى المرسل إليه وبالتالي يسقط الإيجاب أو القبول وفقاً للحالة .

ويجوز الاتفاق بين المنشئ والمرسل إليه قبل إرسال رسالة البيانات أو فى وقتها على طريقة أخرى معززة مثل رسالة تليفونية أو برقية أو بالفاكس . كما يجوز أن تتضمن الرسالة الإلكترونية طلب الإقرار بالاستلام إذا اتفق الطرفان على ذلك . ويجوز أن يتفق المنشئ والمرسل على طريقة معينة للإقرار بالاستلام أو وفق نموذج معين كما يجوز أن يكون الإقرار بالاستلام بأى سلوك آخر من جانب المرسل إليه كأن يرسل البضاعة مباشرة إلى المنشئ أو يقوم بالتصرف المطلوب منه بما يحمل على استلام الرسالة .

٦ - القيمة القانونية لإقرار الاستلام :

يجوز للمنشئ أن يشترط فى العلاقة بينه وبين المرسل إليه ضرورة تلقى الإقرار بالاستلام ، كما يجوز إلا يشترط ذلك ، وتفصيل ذلك كما يلى :

(أ) إذا ذكر أن رسالة البيانات مشروطة بتلقى الإقرار : إذا اشترط المنشئ لرسالة البيانات ضرورة قيام المرسل إليه بإرسال إقرار بتلقيه رسالة البيانات ، فإن رسالة البيانات لن يترتب عليها الأثر القانونى من إنشاء الالتزام أو تعديله أو إبطاله ، إلا إذا تلقى المنشئ هذا الإقرار ، ويكون العقد معلقاً على شرط واقف هو إرسال الإقرار ، فإذا لم يتم الإقرار لم ينشأ العقد .

(ب) إذا لم يذكر أن رسالة البيانات مشروطة بتلقى الإقرار بالاستلام ، ولم يتلق المنشئ ذلك الإقرار فى غضون الوقت المحدد أو المتفق عليه ، أو خلال فترة زمنية معقولة إذا لم يكن تم الاتفاق على تلقي الإقرار فى وقت معين ، والفرض هنا أن المتعاقدين قد اتفقا على تلقي الإقرار ولكن لم يذكر ذلك فى رسالة البيانات ، فإنه يجوز للمنشئ :

(١) أن يقوم المنشئ بإرسال إشعار تنبيه إلى المرسل إليه يذكره أنه لم يتلق الإقرار بالاستلام ، ويحدد له وقتاً معتدلاً لتلقى الإقرار منه ؛

(٢) يجوز له إذا لم يتلق الإقرار المطلوب من المرسل إليه أن يعتبر رسالة البيانات كأنها لم ترسل أصلاً أو يلجأ إلى التمسك بما له من حقوق أخرى كالتعويض إذا أصابه ضرر من جراء عدم إرسال الإقرار بالاستلام من المرسل إليه .

(ج) عند تلقى المنشئ الإقرار بالاستلام من المرسل إليه فيعد ذلك مجرد قرينة على وصول الرسالة إلى المرسل إليه واستلامها منه ، ولا ينطوى على تطابق رسالة المنشئ لرسالة البيانات مع الإقرار بالاستلام لاحتمال حدوث خطأ فى الإرسال أو تداخل أو غير ذلك من المعوقات التى تحول دون تطابق صحة الرسالتين .

(د) عندما يذكر فى إقرار الاستلام الذى يرسله المرسل إليه بأن رسالة البيانات ذات الصلة التى بعث بها المنشئ قد استوفت الشروط الفنية فى الإرسال وفى الشكل وعلى النموذج ووفقاً للأصول والمعايير المتفق عليها ، قام الدليل فرضاً على استيفاء تلك الشروط (مادة ١٤-٧) .

٣ - العقود الإلكترونية فى مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصرى :

نصت المادة ٢ من المشروع الذى أعدته لجنة التنمية التكنولوجية التابعة لمركز المعلومات ودعم القرار برئاسة مجلس الوزراء على أن : «تسرى على الالتزامات التعاقدية فى مفهوم أحكام هذا القانون ، قانون الدولة التى يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً ، فإن اختلفا موطناً يسرى قانون الدولة التى تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك ، ويعتبر العقد قد تم بمجرد تصدير القبول» .

ويلاحظ على مشروع القانون المصرى الملاحظات التالية :

١ - أن المشرع المصرى عالج إبرام العقد بحسبانه من وسائل تنازع القوانين فى المكان ، ونقل نص المادة ١٩-١ من القانون المدنى دون تعديل ، وكان من الأوفق أن يتعرض المشرع لكيفية إبرام العقد من حيث الإيجاب والقبول وأثر الوسيلة الإلكترونية فى ترتيب آثار العقد ، وإبراز ما إذا كانت النظرية العلمية تتوافق أو تتخالف مع استعمال هذه الوسيلة الإلكترونية الجديدة .

٢ - أن مشروع قانون التجارة الإلكترونية تبنى نظرية تصدير القبول على خلاف النظرية التقليدية فى القانون المدنى المصرى الذى لا ينتج التعبير أثره وفقاً لها إلا باستلام القبول واتصاله بعلم الموجب . وهو ما يساير الآراء الفقهية التى ترى الأخذ فى التجارة الإلكترونية بمبدأ تصدير القبول ، لأن المرسل له يفقد كل سيطرة عليه بإيداعه فى جهاز الكمبيوتر أو شبكة الإنترنت .

٣ - لم يتعرض مشروع القانون إلى مسائل عدم وصول الرسالة الإلكترونية أو وصولها مغلوطة أو بتدخل شخص من الغير فى الإرسال ، والآثار القانونية المترتبة على ذلك وهى مسائل من الجدير أن يتعرض لها المشرع المصرى على غرار مشروع القانون النموذجى للأونسترال .

السكوت فى العقود الإلكترونية :

يرتبط السكوت بالقبول ، وأنه وفقاً للقواعد العامة لا يعد السكوت تعبيراً عن الإرادة ، أو وفقاً لما يقول به فقهاء الشريعة الإسلامية فإنه لا ينسب لساكت قول .

على أن السكوت يمكن أن يكون تعبيراً عن الإرادة وفقاً للمادة ٩٨ (٢٢) من القانون المدنى إذا كان سكوتاً ملائماً وهو الذى يقترب ببعض المظاهر الخارجية التى تخرجه عن حالته السلبية وتضفى عليه وضعاً إيجابياً كتعبير عن الإرادة (طبيعة المعاملة أو العرف ، أو وجود تعامل سابق بين الأطراف ، أو كان الإيجاب لمنفعة الموجب إليه) .

ونعتقد أن هذه الشروط يمكن تطبيقها فى حالة التجارة الإلكترونية مع بيان حقيقة الإيجاب بأن يكون إيجاباً باتاً وليس مجرد دعوة إلى التعاقد حتى يتلاقى مع حالات السكوت الملاصق التى ترد فى حق القابل .

فإذا كان هناك تعامل بين الطرفين فإن سكوت أحد الطرفين يمكن أن يستخلص منه القبول مثله فى ذلك مثل النظرية التقليدية . ولا يعد - فى نظرنا - استعمال الوسيلة الإلكترونية مبرراً للخروج على القواعد العامة .

زمان ومكان إبرام العقد

ينعقد العقد بتلاقى التعبير عن الإرادتين لطرفى العقد ، أى الإيجاب والقبول وعلى ذلك نبين فيما يلى زمان ومكان انعقاد العقد فى النظرية التقليدية وفى القانون النموذجى للأونيسترال وفى مشروع القانون المصرى .

١ - فى النظرية التقليدية :

ينعقد العقد فى النظرية التقليدية فى القانون المصرى وقت استلام القبول وفى المكان الذى يوجد فيه الموجب . وتأخذ العديد من الدول بنظريات أخرى مثل نظرية العلم بالقبول^(٢٣) . فإذا أرسل مشتر فى الولايات المتحدة قبوله على إيجاب من بائع مصرى فى القاهرة انعقد العقد ، وقت استلام المصرى للقبول وكان مكان العقد فى القاهرة .

٢ - العقد النموذجى للأونيسترال :

(أ) تحديد واقعة الإرسال لرسالة البيانات :

تنص المادة ١٥-١ على :

(١) ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك ، يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذى أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ .

(٢) وتحدد هذه المادة واقعة الإرسال لرسالة البيانات فإنها تحدث متى دخلت الرسالة إلى نظام معلومات كمبيوتر أو أرسلت على شبكة الإنترنت بحيث خرجت عن سيطرة المنشئ أو الشخص النائب عنه وتكون الرسالة قد خرجت عن سيطرة المنشئ لها إذا لم يمكن للمنشئ استرجاعها مرة أخرى من جهاز المعلومات . أما إذا أمكن بوسيلة فنية استرجاع الرسالة قبل وصولها إلى المرسل إليه وهى فى طريق الإرسال فإن الرسالة لا تكون قد خرجت عن سيطرة المنشئ . هذا ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه عن تحقيق واقعة الإرسال بطريقة أخرى .

(ب) وقت استلام رسالة البيانات :

تنص المادة ١٥-٢ على أنه : «ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك ، يتحدد وقت استلام رسالة البيانات ، يثور الفرضين التاليين :

الفرض الأول : فى حالة تعيين نظام معلومات لاستلام الرسالة :

١ - يقع الاستلام إما فى وقت دخول رسالة البيانات إلى النظام المعين لدى المرسل إليه الذى اتفق عليه مع المنشئ حتى ولو لم يطلع عليها المرسل إليه .

٢ - وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات ، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه دون أن يكون النظام الذى تم تعيينه بين المنشئ والمرسل إليه ، لأن وقت استرجاع المعلومات هو الوقت الفعلى الذى يعلم فيه المرسل إليه برسالة المنشئ .

الفرص الثانى : إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات لاستلام الرد ما لم يعتبر الاستلام وقع حكماً عندما تدخل رسالة البيانات نظاماً تابعاً للمرسل إليه حتى ولو لم يطلع المرسل إليه على الرسالة بعد .

(ج) مكان تسلم رسالة البيانات :

تنص المادة ١٥-٤ على أنه : «ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك ، يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذى يقع فيه مقر عمل المنشئ ، ويعتبر أنها استلمت فى المكان الذى يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ولأغراض هذه الفقرة :

(أ) إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد ، تاجر فرد متعدد النشاط أو شركة ذات فروع وأنشطة متعددة ، كان مقر العمل هو المقر الذى له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية ، أى المتجر أو الفرع الذى صدرت منه الرسالة الإلكترونية ، أو مقر العمل الرئيسى إذا لم توجد مثل تلك المعاملة . ويكون مركز الإدارة الرئيسى ، هو مقر العمل الرئيسى وفقاً للقانون المصرى^(٢٤) .

(ب) إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل مشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد ، فيكون الموطن للشخص الطبيعى أو الشخص المعنوى هو الذى يرجع إليه فى تحديد ذلك .

خاتمة

العقود الإلكترونية باتت ظاهرة من ظواهر التجارة الدولية ، مع تزايد وتنامي الربط بين الحاسبات وشبكة الإنترنت ، في الوقت الراهن ، ويتنظر أن يتزايد حجم تلك العقود في المستقبل القريب لتبلغ المليارات من الدولارات بانخفاض أثمان الحاسبات وخدمة الدخول على الشبكة . وتختلف العقود الإلكترونية عن العقود في التجارة التقليدية بعدم توافر مجلس للعقد بالمعنى المفهوم في النظرية التقليدية ، نظراً لاختلاف مكان البائعين والمشتريين ، بل أنه في بعض الأحيان تقوم الحاسبات أو أجهزة الكمبيوتر بإبرام العقد فيما بينها دون تدخل العنصر البشري ، الأمر الذي خلق عدداً من المشاكل الجديدة في تحديد زمان ومكان إبرام العقد في التجارة الإلكترونية وصلاحيات عقود القصر وناقصى الأهلية ، وعقود الموظفين ، وغيرهم من التابعين إذا لم يتحقق المتعاقد الآخر من سلطاتهم الوظيفية وتجاوز أحدهم الاختصاص الوظيفي الممنوح له .

ولم تنظم عقود التجارة الإلكترونية في الكثير من الدول بقوانين ملزمة حتى الآن ، وهو الأمر الذي نحث المشرع المصري بشأنه أن يسارع بإصدار قانون التجارة الإلكترونية في مصر مع تزايد استخدام الحاسبات وتزايد إنشاء الشركات التي تتولى توفير خدمة الدخول على شبكة الإنترنت .

ويجدر بالمشرع المصري الاهتمام في ذلك بالدول التي لديها تنظيم حديث للعقود الإلكترونية ، مثل الولايات المتحدة الأمريكية ، والاستفادة من خبرات هذه الدول التي سبقتنا في هذا المجال الجديد والحيوي ، على أن يكون مقدار البحث هو الخروج بحلول مبتكرة لمشاكل التجارة الإلكترونية دون الخروج على القواعد العامة إلا بما يسمح بتسهيل التجارة الإلكترونية ، وحماية الأطراف المتعاقدين ومنع الغش والأضرار التي مازالت التجارة الإلكترونية مجالاً خصباً ومفتوحاً لها .

سمير برهان

هوامش

- (١) M. Chissick and A. Kelman, Electronic Commerce London, 1999, pp. 7-9.
- (٢) شيزيك وكيلمان ، المرجع السابق ، ص ١ ، وأيضاً :
- Cairo regional Center of International Commercial Arbitration, CRCICR, The Rate of Progress In E. Commerce in Egypt Submitted to the International Copnference on Electronic Commerce and Gross border Insolvency League of Arab States, NOV, 20-22, 2000.
- (٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقود والإرادة المنفردة ، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص ٢٠٨ ، د. محمود جمال الدين زكى ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٧٦ ، ص ٨٢ .
- (٤) د. محمود جمال زكى : المرجع السابق ، ص ٥٩ .
- (٥) Albans City and District Council v. International Computer Ltd. (1996)
- راجع : شيزيك وكيلمان ، المرجع السابق ، ص ٥٦ ، هامش ١١ .
- (٦) Advont Systems Lintod v. Unisys Corp. (1991) 925, Fed. 870. US CA. 3rd, Cir.
- المرجع السابق ، هامش ١٣ .
- (٧) Bela Computer (Europe) Ltd. V. adobe Systems (Europe) Ltd. 1996, R608
- راجع : تشيزيك وكيلمان ، المرجع السابق ، ص ٥٦ ، هامش ١٠ .
- (٨) تشيزيك وكيلمان ، المرجع السابق ، ص ٦٠ .
- (٩) تشيزيك : المرجع السابق ، ص ٥٨ ، د. سليمان مرقص : الوافى فى شرح القانون المدنى - الالتزامات ، ١٩٨٧ ، ص ١٧٢ .
- (١٠) Minnesota v. Granite Rosrts 568 N. W. ed 715 - المرجع السابق ، ص ٦١ ، هامش ٢٦ .
- (١١) US v. Thomas 1996 No. 94-6648/6609 Fed. App., 5532 (6th Cir)
- المرجع السابق ، ص ٦١ ، هامش ٢٨ .
- (١٢) Playboy Enterprises Inc. v. Chuoklobory Publishing Inc. 939 F.Supp 1044 (SDNY, 1996)
- المرجع السابق ، هامش ٢٩ .
- (١٣) مادة ١٠٥ من القانون المدنى المصرى ، د. جمال الدين زكى : المرجع السابق ، ص ١١٠ .
- (١٤) مادة ١٦٤ من القانون المدنى المصرى .
- (١٥) Chitilly On Contract, pp. 31-39 ، تشيزيك وكيلمان ، المرجع السابق ، ص ١٦ .

- (١٦) المرجع السابق ، نفس الموضع .
- (١٧) مادة ٨٩ من القانون المدنى المصرى .
- (١٨) مادة ٩٠ من القانون المدنى المصرى .
- (١٩) راجع : نظريات القبول ، د. عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد ، د. السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى - نظرية الالتزام - مصادر الالتزام ، بند ١١١ ، ص ٢٦٧ .
- (٢٠) مادة ٩١ من القانون المدنى المصرى .
- (٢١) راجع المواد ١٤٥-١٤٧ من القانون المدنى المصرى .
- (٢٢) المادة ٩٨ من القانون المدنى المصرى .
- (٢٣) التقنين الألمانى (مادة ١٣٠) ، التقنين التجارى الإيطالى (مادة ٣٦) ، التقنين الأسبانى (مادة ٢٦٢) ، وأخذ القانون السويسرى بنظرية تصدير القبول (مادة ١٠) . راجع : د. السنهورى ، المرجع السابق ، نبذة ١٢٨ ، ص ٢٤٤ .
- (٢٤) مادة ٢-١١ من القانون المدنى المصرى .

مراجع البحث

(١) مراجع باللغة العربية

أولاً - القوانين :

- ١ - القانون المدنى المصرى .
- ٢ - القانون التجارى المصرى .
- ٣ - مشروع قانون التجارة الإلكترونية فى مصر .
- ٤ - قانون الأونسترال النموذجى .

ثانياً - المراجع :

- ١ - د. اسماعيل غانم : محاضرات فى النظرية العامة للالتزام .
- ٢ - د. سليمان الصاوى : الوجيز فى القانون الإدارى .
- ٣ - د. عبد الرازق السنهورى : الوسيط فى القانون المدنى - الالتزامات .
- ٤ - د. عبد الفتاح عبد الباقي .
- ٥ - د. عبد الملعن فرج الصدة : مصادر الالتزام .
- ٦ - د. محمد حسام محمود لطفى : النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام .
- ٧ - د. محمود جمال الدين زكى : الوجيز فى نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى .
- ٨ - مستندات المؤتمر الذى أقامه مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى حول التجارة الإلكترونية .

(٢) مراجع باللغة الإنجليزية

1. David Kas----, Understanding Electronic Commerce, Microsoft press Redmond, Washington, 1997.
2. Michael Chissick & Alistair Kelman, Electronic Commerce Law and Practice, London, 1999.
3. Nobil Adam, Oktay Dogramaci, Aryya Gangopadhyay, Yelena Yesha Electronic Commerce, Technical, Business and Legal Issues, New Jersey, 1999.
4. Ron Katz, Bob Tallor and Lionel Walsh, International Chamber of Commerce ICC Electronic Commerce, Technical Business and Legal issues New Jersey, 1999.

الأوراق التجارية الإلكترونية

الكمبيالة الإلكترونية

La lettre de change-relevé

أ.د. محمد بهجت عبد الله قايد

أستاذ بكلية الحقوق – جامعة القاهرة

مقدمة

١ - لا تختلف الأوراق التجارية الإلكترونية في أنواعها عن الأوراق^(١) التجارية الورقية أو التقليدية وهي الكمبيالة والسند لأمر والشيك ، ولما كانت الكمبيالة هي النموذج الكامل والشامل للأوراق التجارية ، سواء لما تثيره من أحكام قانون الصرف التي تتعلق بهذه الأوراق ، سواء بسبب أهميتها العملية البالغة خاصة في البلاد الأوروبية حيث تلعب الكمبيالة دوراً هاماً في المعاملات التجارية^(٢) الداخلية والخارجية والتي ظهر فيها الاتجاه إلى استخدام الأوراق التجارية الإلكترونية ، لكل ذلك رأينا أن نركز في دراستنا في هذا البحث على الكمبيالة الإلكترونية بنوعيتها (الورقية والممغنطة) بإعتبارها النموذج الأمثل للأوراق التجارية الإلكترونية ، وقد ظهرت الكمبيالة بمفهومها التقليدي (الكمبيالة الورقية) في العصور الوسطى^(٣) في كل من الأسواق الإيطالية والفرنسية^(٤) ، وذلك لتكون أداة لإثبات وتنفيذ عقد الصرف^(٥) تغني عن نقل النقود من بلد إلى آخر ، فكان الشخص الذي يرغب السفر إلى بلد معين ويخشى حمل النقود معه خوفاً من السرقة أو الضياع يلجأ إلى أحد الصيارفة في بلده ويسلمه المبلغ الذي يحتاج إليه في الخارج بعملة بلده ، علي أن يسلمه إليه في البلد الذي يرغب السفر إليه بعملة هذا البلد ، فكان الصيرفي يستلم النقود في بلد معين ويصدر أمراً إلى صيرفي آخر يتعامل معه في البلد الثاني يطلب منه أن يدفع إلى مراسله ما يعادل قيمة المبلغ المدفوع له بعملة البلد الذي يتم فيه إستلام المبلغ ، وكان هذا الأمر يصدر في صورة صك (محرر شكلي) يطلق عليه وقتئذ الكمبيالة^(٦) *la lettre de change* ، وكان هذا الصك عند بداية ظهوره يستحق بمجرد الإطلاع عليه ، ولكن مع تطور الزمن وتطور المعاملات التجارية تطور دور الكمبيالة ، فلم تعد مجرد أداة لتنفيذ عقد الصرف المسحوب^(٧) فحسب ، وتستحق بمجرد الإطلاع عليها ، بل أصبحت أداة للوفاء^(٨) تقوم مقام النقود في تسوية المعاملات في الداخل والخارج ، كما أصبحت تتضمن أجلاً ولا تستحق بالضرورة بمجرد الإطلاع عليها ، وهكذا أصبحت الكمبيالة أداة لمنح الأئتمان^(٩) يعتمد عليها التجار في كثير من معاملاتهم التجارية ، ولزيادة الثقة في هذه الورقة أصبح من حق الحامل أن يقدمها للقبول قبل تاريخ إستحقاقها ، كما أجاز القانون ضمان قيمتها دعماً لضمان وقائها .

٢ - ولما إزدادت الثقة فى الكمبيالة أصبحت قابلة للتداول بالطرق التجارية ومنها التظهير^(١٠) ، وإنطلاقاً من أهمية الكمبيالة تناولتها التشريعات المختلفة بالتنظيم ، فقد نظمها المشرع الفرنسى فى بداية الأمر فى الباب الخامس من الأمر^(١١) الملكى الفرنسى الصادر سنة ١٦٧٣ ، ثم نقحها بعد ذلك وأعاد تنظيمها فى التقنين التجارى الفرنسى الصادر سنة ١٨٠٧ ، ثم تم تعديل هذه الأحكام بعد إبرام إتفاقية جنيف التى تضمنت قواعد موحدة للكمبيالة عام ١٩٣٠ وذلك فى عام ١٩٣٥ وما بعدها وذلك حتى تتواءم مع قواعد قانون جنيف الموحد ، كذلك نظم المشرع المصرى الكمبيالة فى التقنين التجارى الملغى^(١٢) الصادر سنة ١٨٨٣ والمستمد من التقنين التجارى الفرنسى ، كذلك فى قانون التجارة الحالى فى الفصل الأول من الباب الرابع (المواد من ٣٧٩ إلى ٤٦٧) مستمداً أياها من قانون جنيف الموحد دون أن يأخذ فى اعتباره التطورات الحديثة التى كشفت عن بعضها إتفاقية الأمم المتحدة فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٨٨ وأكدت مفاهيم^(١٣) قد إستقر عليها القضاء المصرى من قبل .

٣ - هكذا نلاحظ أن الكمبيالة تحتل أهمية كبيرة فى العمل سواء كأداة وفاء أو كأداة إئتمان ، وتعتبر فرنسا نموذجاً للدول التى تعتمد اعتماداً كبيراً على إستخدام الكمبيالة فى تسوية الديون التجارية ، إذ يصل عدد الكمبيالات الصادرة فيها إلى مائتين وخمسين مليون كمبيالة سنوياً ، وذلك بسبب ما تقوم به هذه الورقة من وظائف فى الوفاء والإئتمان أو ما تقدمه من تيسيرات وضمانات تتعلق بسهولة تداولها أو بضمائم وفائها من كافة الموقعين عليها .

ولكن الإستخدام العملى للكمبيالة وبكثرة خاصة فى فرنسا صاحبة كثير من الصعوبات العملية مالية كانت أو إدارية ، والصعوبات المالية تتمثل فى الكمية الكبيرة من الورق التى تستخدم فى إصدار هذا العدد الهائل^(١٤) من الكمبيالات وما يترتب على ذلك من تكلفة مالية باهظة ، أما الصعوبات الإدارية فتمثلت فى ا لعدد الهائل من الموظفين الواجب توافرهم فى البنوك وما يخصصونه من وقت ضخم فى سبيل تسوية العمليات المتعلقة بهذه الكمبيالات ، ولمواجهة هذه الصعوبات الناشئة عن إستخدام الكمبيالة الورقية شكلت فى فرنسا لجنة عام ١٩٦٥ إقترحت إنشاء طريقة جديدة لإنقال الديون التجارية أطلق عليها : لجنة الإئتمان وإنقال الديون التجارية (C.M.C.C.)^(١٥) تستهدف أساساً خصم الكمبيالات بطريقة أكثر مرونة ، ولكن إذا كانت هذه اللجنة نجحت نجاحاً محدوداً^(١٦) فى تقديم بديل لدور الكمبيالة كأداة إئتمان ، إلا أنها لم تنجح فى حل المشكلة المطروحة والتى تتعلق بالكمبيالة كأداة للحصول ، نتيجة لذلك شكلت لجنة أخرى

للبحث عن حل للصعوبات الناشئة عن تداول الكمبيالات التقليدية ، وكأن السؤال المطروح حينئذ هل الأفضل إلغاء الكمبيالة أم الإبقاء عليها ، مع تطويرها وتحديثها وتكاملها بمستندات أخرى حتي تخضع إلى التقنية الحديثة المتعلقة بإستخدام الحاسب الآلى ، وذلك عن طريق إستبدالها بالكمبيالة الألكترونية التي لا يستلزم إستخدامها إنتقال الكمبيالة من يد إلى يد من أجل تحصيلها ، كما أن وفائها لا يستلزم ضرورة تسليمها للمسحوب عليه وإنما هناك مستندات^(١٧) أخرى تحل محل الكمبيالة هي التي تتداول بين البنوك تتمثل فى الدعامات المغطاة وإشعارات الوفاء ، وقد قيل أن الكمبيالة الألكترونية رغم مسالبتها يمكن أن تكون بديلاً عن الكمبيالة العادية ، وإن كان يؤخذ على الكمبيالة الألكترونية أنها مجرد علاج يكتفى بتخفيف المعاناة دون أن يستأصل^(١٨) أسباب المرض ، وعلى أى حال فإن الكمبيالة أياً كانت عيوبها هي أفضل الوسائل لتحصيل الديون ، فهي سلاح^(١٩) جيد ضد الإهمال المعروف لدى نسبة كبيرة من المدينين ، كما أنها تسمح للدائنين بإدارة حسابات عملائهم بأقل تكلفة ، لأنها تلغى العمل الثقيل الراجع إلى إجراء تسوية تتم لحساب كل عميل على حدة ، هذا فضلاً عن أنه لا يوجد وسائل للتحصيل تتم بناء على طلب الدائن إلا الكمبيالة وإخطار الإقتطاع ، لكل ذلك تظل الكمبيالة رغم مسالبتها وسيلة التحصيل الملائمة ولكن لا بد من تطويرها واستبدال الكمبيالة التقليدية وما يصاحبها من تكاليف سواء فى الإنشاء أو التداول بالكمبيالة الألكترونية الأسرع فى التحصيل والأقل كلفة فى الإنشاء والتداول .

٥ - مبررات وجود الكمبيالة الألكترونية (L.C.R.) La lettre de change relevé

ونشأتها : الغاية من إستخدام الكمبيالة الألكترونية هو الحد من النفقات الباهظة^(٢٠) لإستخدام الورق الذى تعتمد عليه الكمبيالة العادية فى إنشائها وتداولها ، هذا فضلاً عن الرغبة فى الإستفادة من التجهيز الألكترونى^(٢١) الحديث للمصارف عن طريق إستخدام الحاسب الآلى (كذلك الحاسب الآلى للمقاصة المنتشر فى البنوك المركزية ببنك فرنسا والذى دخل حيز التنفيذ منذ عام ١٩٦٩^(٢٢) الأمر الذى يترتب عليه توفير كثير من الوقت والجهد الذى يبذله العاملين فى البنوك من أجل تسوية العمليات المتعلقة بتداول ووفاء الكمبيالات التقليدية الورقية وما يصاحب ذلك من تكاليف مالية متعلقة بزيادة العمالة وزيادة الأجور^(٢٣) .

والكمبيالة الألكترونية كوسيلة لتحصيل الديون وتداولها يرجع تاريخ بدء العمل بها إلى ٢ يوليو سنة ١٩٧٣^(٢٤) ، فهي ثمرة جهود لجنة (Gillet) جيلىة المتعلقة بتخفيض تكاليف الإئتمان قصير الأجل ، والتي إقترحت وسيلة جديدة للوفاء عوضاً عن الكمبيالة التقليدية تسمى بالكمبيالة

الألكترونية (L.C.R.) ، وهذه الكمبيالة وإن كانت تصدر من الدائن خلافاً للشيك الذى يعطى كل مبادرة الوفاء للمدين إلا أنها لا يمكن تسويتها إلا بناء على موافقة المدين .

٦ - خطة البحث : وبعد إستعراض المقدمة نقسم بحثنا فى الأوراق التجارية الألكترونية (الكمبيالة الألكترونية) إلى فصل تمهيدى وفصلين رئيسيين على النحو التالى :

فصل تمهيدى : ونداول فيه ماهية الكمبيالة الألكترونية وخصائصها .

الفصل الأول : وندرس فيه الكمبيالة الألكترونية الورقية ومدى خضوعها لأحكام قانون الصرف .

الفصل الثانى : ونعالج فيه الكمبيالة الألكترونية المغنطة (على دعامة مغنطة) وتمييزها عن الكمبيالة الألكترونية الورقية من حيث الشكل والخضوع لأحكام قانون الصرف .

الخاتمة : نتائج البحث والتوصيات .

٧ - وقبل أن نعالج ماهية الكمبيالة الألكترونية وخصائصها يجدر بنا أن نوضح بإيجاز تعريف الكمبيالة التقليدية الورقية ومدى تجاريتها فى قانون التجارة الحالى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حتى يتضح لنا بجلاء ما إذا كانت هناك فروق بين الكمبيالة الألكترونية والكمبيالة التقليدية أم لا .

فصل تمهيدى

ماهية الكمبيالة الألكترونية وخصائصها

المبحث الأول

تعريف الكمبيالة التقليدية وتجاريتها

٨ - أولاً : تعريف ^(٢٥) الكمبيالة العادية (التقليدية) : هى صك محرر وفقاً لأوضاع شكلية حددها القانون ^(٢٦) يأمر فيه محرره ويسمى (الساحب tireur) شخصاً آخر يسمى (المسحوب عليه tiré) بدفع مبلغ معين فى تاريخ معين أو بمجرد الإطلاع على الصك لأمر شخص ثالث أو لإذنه يسمى المستفيد Beneficlaire .

وسحب الكمبيالة أو تحريرها يفترض وجود ثلاثة أشخاص هم الساحب وهو الدائن فى الصك والذى يحرر الصك ويوقع عليه ، ويصدر فيه أمراً بالدفع إلى المسحوب عليه ، والمسحوب عليه هو الشخص الثانى فى الصك والمدين فيه والذى يصدر إليه الأمر بالوفاء للمستفيد ، وأخيراً المستفيد من الكمبيالة وهو من يحرر الصك لأمره ويكون دائناً للساحب بقيمة الكمبيالة .

٩ - وسحب الكمبيالة يفترض وجود علاقيتين أولهما بين الساحب (المحرر) وبين المسحوب عليه ، يكون فيها الأول دائناً للأخير وتخول له هذه المديونية إصدار أمر للمسحوب عليه بوفاء الدين كله أو جزءاً منه إلى المستفيد فى الكمبيالة ، وثانيهما تكون بين الساحب والمستفيد يكون فيها الأول مدينًا للثانى ويقوم بوفاء دينه إلى هذا الأخير عن طريق إحالته إلى المسحوب عليه أما العلاقة بين المستفيد والمسحوب عليه فمصدرها الكمبيالة ذاتها وتنشأ منذ قبول هذا الأخير لها ، أما إذا لم يقبلها فلا تنشأ هذه العلاقة ويظل الساحب وحده مسئولاً عن وفاء قيمتها .

١٠ - نموذج الكمبيالة التقليدية :

القاهرة فى ٢٠٠١/١/١	المبلغ ١٠,٠٠٠ جنيه مصرى
لاغير	إلى عمرو (المسحوب عليه) المقيم بميدان التحرير رقم ٢٠
أدفعوا بموجب هذه الكمبيالة لأمر السيد طارق (المستفيد) مبلغ وقدره عشرة آلاف جنيه مصرى	
لاغير فى ٢٠٠١/٣/١ .	
توقيع الساحب	
أحمد حسن	
١٢ ش رمسيس القاهرة	

هكذا نلاحظ أن الكمبيالة تستلزم وجود ثلاثة^(٢٧) أشخاص هم الساحب والمسحوب عليه والمستفيد ، وهى على ذلك تختلف عن السند الأذنى الذى يستلزم وجود شخصين فحسب هما المتعهد (المحرر) والمستفيد .

ثانياً : تجارية الكمبيالة :

١١ - كان التقنين التجارى الملغى ينص على تجارية الكمبيالة مرتين : الأولى فى الفقرة الرابعة من المادة الثانية بقوله « يعتبر عملاً تجارياً كل عمل متعلق بالكمبيالات ، والثانية فى الفقرة السادسة من نفس المادة وهى تنص على تجارية « جميع الكمبيالات أيا كان أولوا الشأن فيها ، .

يخلص من ذلك أن الكمبيالة كانت فى ظل القانون الملغى تعتبر عملاً تجارياً بصفة مطلقة يستوى فى ذلك أن يكون الموقعين عليها تجاراً أو غير تجار ، أو كان تحريرها بمناسبة عملية تجارية أو مدنية ، فإذا سحب شخص كمبيالة لوفاء أجرة مسكنه أو لشراء حاجاته الشخصية فإنها تعتبر تجارية رغم أن سبب الإلتزام مدنى ، وتعتبر الكمبيالة عملاً تجارياً ليس بخصوص سحبها وتظهرها فحسب ، وإنما بخصوص جميع العمليات المتعلقة بها والتى تلازمها منذ نشأتها وحتى وفاء قيمتها ، مثل قبول الكمبيالة من المسحوب عليه أو قبولها من الغير (القبول بالواسطة) أو الضمان الإحتياطى لها ، فكانت توجد قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس على تجارية الكمبيالة^(٢٨) ، أيا كانت صفة الموقعين عليها تجاراً أم غير تجار ، وأيا كانت طبيعة الإلتزامات التى وقعت من أجلها الكمبيالة تجارية كانت أو مدنية ، ولما كانت الكمبيالة عملاً تجارياً بحسب شكلها

فيجب دائماً إستيفائها للشكل الذى يستلزمه القانون ، أما إذا إفتقدت هذا الشكل^(٢٩) فقدت بالنتيجة صفتها التجارية المطلقة^(٣٠) .

١٢ - أما فى ظل قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فقد إختلف الوضع ، إذ جاءت المواد المنظمة للأعمال التجارية (المواد من ٤ - ٨) خالية من الإشارة إلى تجارية الكمبيالة وغيرها من الأوراق التجارية ، الأمر الذى أثار خلافاً فقهيّاً حول تجارية هذه الأوراق وانقسم الفقه فى هذا الصدد إلى إتجاهين :

الإتجاه الأول^(٣١) : يرى أن الكمبيالة والسند لأمر والشيك وغيرها من الأوراق التجارية تعتبر أعمال تجارية شكلية ، أى تعتمد صفتها التجارية من الشكل القانونى الذى تفرغ فيه ، وتسرى عليها أحكام قانون الصرف وقواعد قانون التجارة أياً كانت صفة ذوى الشأن فيها ، أو طبيعة الأعمال التى حررت من أجلها .

وقد إستند أنصار هذا الرأى إلى سريان أحكام الباب الرابع من قانون التجارة الحالى وخاصة نص المادة ٣٧٨ على هذه الأوراق التى وصفت هذه الصكوك بأنها أوراق تجارية ، وهى تنص فى هذا الصدد على أن ، تسرى أحكام هذا الباب على الكمبيالات والسندات لأمر الشيكات وغيرها من الأوراق التجارية الأخرى أياً كانت صفة ذوى الشأن فيها أو طبيعة الأعمال التى أنشئت من أجلها ، . كما إستندوا أيضاً إلى ضرورة إشتراط أهلية ممارسة الأعمال التجارية فمن يوقع على هذه الصكوك جميعها (كمبيالة - سند أذنى - شيك) .

١٣ - أما الإتجاه الثانى^(٣٢) : وقد ورد رأيه بصدد الحديث عن الشيك ويرى أن الشيك وغيره من الصكوك كالكمبيالة أو السند لأمر لا تعتبر من قبيل الأعمال التجارية لأنها لم ترد فى تعداد الأعمال التجارية المنصوص عليها فى المواد من ٤ - ٨ من قانون التجارة الحالى ، وإنها لا تخضع إلا لأحكام الباب الرابع وحده دون غيره ، فلا تسرى عليها باقى أحكام قانون التجارة إلا إذا حررت بمناسبة عملية تجارية ، أو كان محررها تاجراً لأن كل عمل يقوم به التاجر يعد متعلقاً بتجارته مالم يثبت العكس^(٣٣) .

١٤ - ونحن من جهتنا نميل إلى تأييد الرأى الأخير ، وهو إعتبار الأوراق التجارية مع غياب النص عليها بين الأعمال التجارية فى المواد من ٤ - ٨ رغم الإسهاب فى سرد هذه الأعمال من قبيل الأعمال المدنية ، وذلك لأن الأصل فى العمل أنه مدنى مالم يسبغ عليه المشرع التجارى الصفة التجارية ، والأصل فى الشخص أنه غير تاجر مالم يثبت فى حقه إحتراف التجارة .

فالمشرع فى قانون التجارة الحالى رغم سرد الأعمال التجارية المنفردة وعلى وجهة الإحتراف بالتفصيل وبإسهاب أغفل^(٣٤) ذكر الأوراق التجارية بين هذه الأعمال ، الأمر الذى يتم عن قصد فى العوده بهذه الأعمال إلى دائرة القانون المدنى ، وإعتبارها مدنية مالم تصدر بمناسبة عملية تجارية أو من تاجر لشئون تتعلق بتجارته (٨٣ من القانون) تطبيقاً لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية .

١٥ - وربما إستهدف المشرع التجارى من ذلك التخفيف عن التاجر الذى كان يعتبر توقفه عن دفع قيمة الكمبيالة التى كانت تحرر فى ظل القانون الملغى لوفاء دين مدنى كسداد أجرة منزله أو لوفاء ثمن أثاث أشتراه لإستعماله الشخصى كاف لشهر إفلاسه ، فالتاجر من حقه أن يحيا حياته المدنية ويخضع فى أعماله المدنية للقانون المدنى كسائر الأشخاص العاديين ، فمن الظلم أن ينطبق عليه أحكام القانون التجارى لتوقفه عن دفع قيمة ورقة تجارية (كمبيالة أو سند أذنى أو شيك) تم تحريرها لسداد دين علاجه فى إحدى المستشفيات ، أو لسداد ثمن سيارة أشتراها لزوجته أو إبنه أو حتى لإستعماله الشخصى ، وليس معنى ذلك أن المشرع أغفل حماية الغير المتعامل مع التاجر ، بإبقائه الأوراق التجارية فى نطاق الأعمال المدنية دائماً ، كلا فالمشرع التجارى قد أقام قرينة قانونية ضد التاجر فى المادة الثامنة من القانون الحالى مقتضاهما أعتبار كل عمل يقوم به التاجر ومن هذه الأعمال تحرير الأوراق التجارية يعد متعلقاً بتجارته ، مالم يهدم التاجر هذه القرينة ويثبت أن تحرير الورقة التجارية كان لأعمال مدنية لا تتعلق بتجارته ، وفيما يتعلق بالرأى القائل بأن الأوراق التجارية تعتبر أعمال تجارية شكلية فلحن نتفق مع هذا الرأى فيما يتعلق بخضوعها لأحكام قانون الصرف وأحكامه الصارمة الواردة فى الباب الرابع من قانون التجارة ، ومن حيث ضرورة إستيفائها شكل معين حدده القانون بدقة حتى تنطبق عليها أحكام هذا القانون ، أما فيما يتعلق بمضمون هذه الأوراق وهو طبيعة الإلتزام الثابت فيها مدنياً كان أو تجارياً فهو يخضع للقواعد العامة من حيث إعتباره عملاً مدنياً ، طالما جاءت نصوص القانون التجارى المحدده للأعمال التجارية خالية من الإشارة إليه بين الأعمال التجارية خاصة أن العمل المدنى هو الأصل والعمل التجارى مجرد إستثناء على هذا الأصل ، والإستثناء لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه إلا فى الحدود التى أشار إليها المشرع التجارى فى المادة السابعة وهى أن يكون العمل تجارياً إذا أمكن قياسه على الأعمال المذكورة فى المواد من ٤ - ٦ لتشابه فى الصفات أو الغايات .

وفى النهاية نشير إلى أن ما سبق ذكره بالنسبة للكمبيالة التقليدية العادية ينطبق بصفة أصلية على الكمبيالة الألكترونية سواء من حيث شكلها أو من حيث طبيعة الإلتزام الوارد فيها لأنه لا يوجد ما يبرر إختلاف الكمبيالة الألكترونية عن الكمبيالة العادية فى هذا الأحكام .

المبحث الثانى

ماهية الكمبيالة الألكترونية وأنواعها

أولاً : شكل الكمبيالة الألكترونية

١٦ - تعتبر الكمبيالة الألكترونية من حيث الشكل كمبيالة بالمعنى الدقيق^(٣٥) ، فهي لا تختلف عن الكمبيالة الورقية التقليدية من حيث ضرورة إستيفاء الخصائص والبيانات الإلزامية^(٣٦) التى يسئزمها القانون التجارى عادة فى الكمبيالة ، والمنصوص عليها فى المادتين ١١٠^(٣٧) من القانون التجارى الفرنسى والمادة ٣٧٩ من قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ولكنها تسئزم فضلاً عن ذلك عدة شروط وتتوافر فيها عدة خصائص تختص بها .

الكمبيالة الألكترونية وتميزها عن الكمبيالة العادية التقليدية ، من هذه الشروط :

١ - ضرورة صدور الكمبيالة الألكترونية على نموذج^(٣٨) مطبوع وبأشكال متعددة تستخدم فى إصدار هذه الكمبيالات ، على أن يتم طباعته بطريقة تسمح بمعاملة الكمبيالة والإطلاع عليها بوسائل الإطلاع الآلية والبصرية ، أى بوسائل المعلومات الحديثة (الحاسب الآلى) .

٢ - تتضمن الكمبيالة الألكترونية فضلاً عن البيانات التقليدية المتعلقة بالمبلغ وتاريخ الإستحقاق واسم المسحوب عليه بعض البيانات الهامة المتعلقة بالمسحوب عليه وهى اسم بنك المسحوب عليه ، رقم حساب المسحوب عليه فى هذا البنك ، اسم الفرع الذى يوجد لديه حساب المسحوب عليه وهى ما يطلق عليها بيانات الشخصية المصرفية للمسحوب عليه .

٣ - تسئزم الكمبيالة الألكترونية لإستخدامها ضرورة الإنفاق^(٣٩) المبدئى بين سائر الأطراف المتدخلة فى هذه الكمبيالة (مصدر الكمبيالة - البنك محرك الكمبيالة - المسحوب عليه - البنك الذى يقوم بالوفاء - البنك المركزى) .

١٧ - الأصل أن المشروعات وحدها هي التي تملك إختيار نظام الكمبيالات الإلكترونية دون الأفراد الذين يملكون إختياره نظرياً فحسب ، وذلك بسبب ما يستلزمه تطبيق هذا النظام من إستخدام الوسائل الحديثة للمعلومات مثل الحاسب الآلى ، الأمر الذى لا يتوافر إلا بالنسبة للمشروعات الكبيرة^(٤١) دون الأفراد وغيرهم من المشروعات الصغيرة .

تعتبر الكمبيالة الإلكترونية كمبيالة بالمعنى الدقيق فى الفرض الذى تصدر فيه هذه الكمبيالة على دعامة ورقية ، فهى تسلم من الساحب إلى مصرفه وتحفظ من قبل هذا الأخير لإستخدامها عند اللزوم فى الرجوع على المدين فى حالة عدم الوفاء ، ويتم تحصيل الكمبيالة الإلكترونية بعد نقل مضمونها على شريط مغنط (ديسكت) بواسطة الحاسب الآلى للمقاصة . وهى تستلزم لوفائها كما أشرنا من قبل موافقة صريحة من المسحوب عليه يتم إستلامها على إشعار موجه بواسطة البنك القائم بالوفاء .

١٨ - والتجديد فى الكمبيالة الإلكترونية يكمن فى الإجراءات التى تمر بها الكمبيالة بعد إصدارها من الساحب (الدائن) وهى تتمثل فى عدم^(٤١) تداول الصك المكتوب (فى حالة صدور الكمبيالة الإلكترونية على الورق) مادياً ، فالكمبيالة الورقية بعد صدورها من الساحب وتسليمها إلى البنك الخاص به سوف تتوقف ولا تتداول فى صورتها المادية وإنما تحفظ^(٤٢) من هذا الأخير بعد نقلها على دعامة ممغنطة .

وحيث يبدأ دور بنك الساحب ، فهو يقوم بنقل الكمبيالة الورقية على شرائط ممغنطة ، ويحدث نفس الشيء بالنسبة لغيرها من الكمبيالات التى تم إستلامها من الساحبين ، مسجلاً خصائصها بطريقة رقمية ، والذى يتم تداوله فيما بعد هو الشرائط الممغنطة التى تتضمن بيانات هذه الكمبيالات من بنوك الساحبين إلى الحاسب الآلى فى البنك المركزى (بنك فرنسا فى باريس) ثم من الحاسب الآلى للمقاصة إلى بنوك المسحوب عليهم ، وعن هذا الطريق يتم تحديد الكمبيالات التى يتم الوفاء بها وغيرها لا يتم الوفاء بها ويتم إشعار بنوك الساحبين بذلك .

ثانياً : أنواع الكمبيالة الإلكترونية :

١٩ - تنقسم الكمبيالة إلى نوعين هما : النوع الأول وهو الكمبيالة الإلكترونية الورقية أو على محرر ورقى ، والنوع الثانى وهو الكمبيالة الإلكترونية الممغنطة (أو على دعامة ممغنطة) .

١ - الكمبيالة الإلكترونية الورقية أو على محرر ورقى La lettre de change re-levé papier

٢٠ - وهذا النوع قريب الشبه بالكمبيالة الورقية التقليدية ، وذلك لأنه يفترض إنشاء كمبيالة تقليدية تتضمن كافة البيانات الألزامية التي ينص عليها القانون التجارى فى فرنسا^(٤٣) ومصر^(٤٤) ، وذلك بالإضافة إلى بعض البيانات التي تستلزمها الكمبيالة الإلكترونية وهي اسم بنك^(٤٥) المسحوب عليه ، ورقم حسابه^(٤٦) فيه ، وكذلك فرع^(٤٧) البنك الذى يوجد لديه الحساب ، هذا فضلاً عن إدراج شرط الرجوع بلا مصاريف أو الإعفاء من عمل الاحتجاج ، وهو شرط درج العمل فى الكمبيالات الإلكترونية على النص عليه لأسباب سوف نذكرها فى حينه . وقد تسحب هذه الكمبيالة لأمر البنك الذى يتعامل معه الساحب أو لأمر الساحب نفسه الذى يظهرها إلى البنك .

وبعد إنشاء الكمبيالة الإلكترونية الورقية يتم تسليمها إلى بنك الساحب الذى يقوم بدوره بنقل ما فيها من بيانات على دعامة ممغنطة (ديسكت) ، ويسجل على نفس الدعامة الممغنطة غيرها من الكمبيالات التى تستحق فى نفس التاريخ ، ثم يقوم بالإحتفاظ بالكمبيالات الورقية وإرسال البيانات المتعلقة بالكمبيالات المذكورة إلى غرفة المقاصة بالبنك المركزى ، سواء بالطريق الإلكتروني أو بإرسال الدعامة الممغنطة المسجل عليها هذه البيانات تمهيداً للوفاء بها ، وسوف نشير فيما بعد إلى المراحل التى تمر بها الكمبيالة الإلكترونية سواء تم الوفاء بها أم لا .

٢ - الكمبيالة الإلكترونية على دعامة ممغنطة La lettre de change relevé bande magnetique

٢١ - وفيها تصدر الكمبيالة بما تحتوية من بيانات على شريحة ممغنطة^(٤٨) (ديسكت) فلا محل لإستخدام الورق فيها ، كما هو الحال فى الكمبيالة الإلكترونية الورقية ، وهذه الكمبيالة تعتبر بحق الكمبيالة الإلكترونية بمعناها الدقيق ، وهى قمة التقدم فى فن إصدار الكمبيالات ، وذلك لأنها تتسم بالبساطة الشديدة من الناحية المادية إذ تتجنب ضرورة التحرير المبدئى على الورق . فبينما يقوم الساحب فى حالة الكمبيالة الإلكترونية الورقية بتسليم مصرفه كمبيالة حقيقية ورقية ، ثم يقوم هذا الأخير بعد ذلك بنقل بيانات هذه الكمبيالة على شريحة ممغنطة (ديسكت) . هذا الإزدواج فى العمليات لا يحدث فى صدور الكمبيالة الإلكترونية إبتداءً على دعامة ممغنطة ، الأمر الذى يوفر إستخدام^(٤٩) الورق والوقت معاً .

فيصدد هذه الكمبيالة يختفى إستخدام الورق فى تحرير الكمبيالة ولأول مرة يصبح عمل البنك أسهل وأسرع من الغرض الأول الذى تسلم فيه الكمبيالة للبنك محررة على الورق ثم يقوم هو بعد ذلك بنقلها على شريحة ممغنطة .

٢٢ - ونظام الكمبيوتر الإلكتروني على دعامة مغلطة (ديسكت) هو الذى يحقق التوافق الحقيقى مع النظام الكامل للمعلومات **Informatique** وإن كان يواجه مقابل ذلك ضعفاً قانونياً^(٥٠) ، وذلك لأن استخدام^(٥١) الكمبيوتر الإلكتروني حتى الآن يؤثر كثير من المشاكل القانونية ، ولم يصبح حتى وقتنا هذا محل تحليل قانونى كافى كما أن مستخدمى هذا النظام لم يكتشفوا بعد كل مزاياه وعيوبه خاصة من وجهة النظر المصرفية .

ويعيب هذا النظام أنه يقتصر تطبيقه على المشروعات الكبيرة التى تملك أجهزة الحاسب الآلى وتصدر فواتيرها^(٥٢) عن طريق هذه الأجهزة فبوسع هذه الأخيرة أن تصدر كمبيالاتها مباشرة على شرائح مغلطة وتسلمها إلى بنوكها مباشرة ، الأمر الذى لا يتوافر بالنسبة لغيرها من المشروعات الصغيرة .

المبحث الثالث

خصائص الكمبيالة الإلكترونية

٢٣ - تتميز الكمبيالة الإلكترونية بعدة خصائص تميزها عن الكمبيالة التقليدية أو العادية وهذه الخصائص هي :

أولاً : الخاصية العملية للكمبيالة الإلكترونية :

٢٤ - تعد الكمبيالة الإلكترونية في واقع الأمر من نتائج العمل المصرفي^(٥٣) ، والذي لم يكن في الحقيقة إعمالاً لأي نص تشريعي ، وعموماً القواعد العامة في القانون المدني وكذلك نصوص كلاً من التقنيين التجاريين الفرنسي (م ١١٠) والمصري (م ٣٧٩) لا تحول^(٥٤) دون الأخذ بالكمبيالة الإلكترونية ، وقد لعبت لجنة الدراسات الفنية وإرساء الأصول المصرفية (CETNB)^(٥٥) دوراً هاماً ومشجعاً في تبني نظام الكمبيالة الإلكترونية ، وقدم العمل المصرفي بدوره وسائل^(٥٦) استخدام هذه الأداة ، كذلك لم تكن الكمبيالة الإلكترونية وليدة اتجاه فقهي^(٥٧) فالقواعد التي تخضع لها هي قواعد مهنية مصرفية ، ولذلك لا يعد تدخل المشروع أمراً ضرورياً لإرساء قواعد الأخذ بهذا النظام وإنما قد يعد مع ذلك ضرورياً لتشجيع اتباع هذا النظام وزيادة فاعليته ، وتحويله كلما أمكن ذلك من نظام إختياري إلى نظام إجباري على الأقل بالنسبة للبنوك والمشروعات المزودة بالحاسب الآلي ، وهذا ما إتجهت إليه بعض التشريعات الفرنسية الحديثة .

٢٥ - فالملاحظ أنه منذ نوفمبر سنة ١٩٨٧^(٥٨) كل كمبيالة تسلم في فرنسا إلى البنك تعامل بالطرق المتبعة في الكمبيالة الإلكترونية إلا إذا اتفق الطرفان ، على خلاف ذلك ، كما لو كانا يرغبان في التقدم المادي للكمبيالة وحينئذ يجب أن يوضع على الكمبيالة بيان يفيد أنها قابلة للتداول (Lettre de change circulant) . أضف إلى ذلك أن بنك فرنسا حيث يوجد الحاسب الآلي للمقاصة يعد محورياً هاماً لتشغيل نظام الكمبيالة الإلكترونية .

كذلك الرجوع إلى الحاسب الآلي أو إتباع نظام المعلومات Informatique في تداول الكمبيالة يمكن تنظيمه قانوناً بما يتفق مع قانون الصرف ، وذلك لأن هذا القانون الأخير لا يحول دون

ذلك ، وقد أجيّزت الكمبيالة الإلكترونية على سبيل التجربة بالنسبة للصفقات والأشغال العامة^(٥٩) ، ومنذ عام ١٩٨٨ أجازت بعض المؤسسات العامة وبعض الجماعات المحلية لبعض المشروعات إصدار الكمبيالات الإلكترونية بصدد الصفقات العامة ، فالمشروعات المعنية أصبحت تعلم جيداً بتاريخ تسوية هذه الكمبيالات ، هكذا أصبحت الكمبيالات الإلكترونية قابلة للتداول عن طريق الخصم^(٦٠) وفقاً لحالة Daillly .

٢٦ - ومن الجدير بالذكر أن الابتكار المهني أو المصرفي للكمبيالة الإلكترونية أمر يستحق الإهتمام ، فهذا النظام يستهدف أساساً إلغاء العادات القديمة المتمثلة في كثرة استخدام الورق في إنشاء الكمبيالات التقليدية وما يصاحب ذلك من تكاليف باهظة^(٦١) ، ولا ينبغي أن ننسى الإحتياجات التي تتخذ حالياً لإقامة النظام الجديد للكمبيالة الإلكترونية سواء داخل البنوك أو داخل المشروعات ، فالدائن يقدم بنفسه إلى مصرفه كمبيالة على دعامة مغطاة ، ولكنه لا يكون مضطراً دائماً إلى ذلك فيمكنه أن يقدم إلى مصرفه كمبيالة إلكترونية ورقية قريبة الشبه بالكمبيالة الورقية العادية ، كذلك ينبغي أن تكون لدى البنك المرونة الكافية لقبول هذا الشكل الورقي للكمبيالة الإلكترونية ، وذلك لأن الكمبيالة الإلكترونية بدويعها الورقية والمغطاة يعاملان على قدم المساواة ، ونأمل أن يأتي اليوم الذي تحل فيه الكمبيالة الإلكترونية المغطاة L.C.R. magnetique حلاً كاملاً محل الكمبيالة الإلكترونية الورقية .

ولكن هل تستوى الكمبيالتين في الوقت الحالي في نظر القانونين ؟ هذا الأمر سوف نحاول توضيحه في البنود التالية التي تتناول كل من الكمبيالتين الإلكترونية الورقية والألكترونية المغطاة والعمليات التي تخص لها كل منهما وفقاً لأحكام قانون الصرف .

ثانياً : الخاصية الاختيارية للكمبيالة الإلكترونية :

٢٧ - تتميز الكمبيالة الإلكترونية عن الكمبيالة العادية بأن الأخذ بها سواء كانت ورقية أو مغطاة يقوم على الاختيار المطلق لطرفيها ، فهو يستلزم موافقة الدائن والمدين (الساحب والمسحوب عليه) لتطبيقها ، وكل طرف فيها يمكنه أن يبادر بإقتراح تطبيق هذا النظام على الطرف الآخر للأخذ به ، على الأقل بالنسبة للمدين الذي يمكنه أن يرسل إلى دائنه بيان عن شخصيته المصرفية مرفقاً بما يفيد مزاوله الأعمال معه مما ينم عن موافقته في إتباع هذا النظام . ومن المرغوب فيه أن يكون موقف هذا الأخير أكثر وضوحاً حتى لا يثور لبس حول إعمال هذا النظام ، ومع ذلك يمكن أن يتفق الدائن والمدين على إتباع النظام التقليدي للكمبيالات ، فالأمر متروك لكامل إختيارهم ، والدائن مع ذلك يمكن أن يدفع ثمن هذا الإختيار وهو دفع المبلغ^(٦٢)

أكبر لقاء إستخدامه الكمبيوتر العادية ، وهذا المبلغ يقل بنسبة تصل إلى النصف عن إستخدام الكمبيوتر الإلكترونية الورقية ، والعشر تقريباً عند إستخدام الكمبيوتر الإلكترونية على دعامة ممغنطة L.C.R. bande Magnetique الأمر الذى يشجع الدائنين على إستخدام الكمبيوتر الإلكترونية ، وعادة يقتصر الأستخدام الأختياري لهذه الكمبيوترات على المشروعات دون الأفراد العاديين ، ومن المشروعات الكبيرة من يستخدمها بإختيارها كمنافس للكمبيوتر العادية ، كما أن أستخدم هذه الكمبيوترات يتزايد من قبل المشروعات الحديثة المجهزة بالحاسب الآلى ، والتى يسهل عليها إصدار مثل هذه الكمبيوترات التى تعتمد على التقنية المتقدمة للمعلومات .

ثالثاً : التداول المنظم للكمبيوتر الإلكترونية :

٢٨ - بجانب الإستخدام الأختياري للكمبيوتر الإلكترونية تتميز أيضاً هذه الكمبيوترات بخضوعها لنظام خاص بالتداول ، هذا النظام يتم قصراً بين البنوك وليس بين الأفراد العاديين فتداول هذه الكمبيوترات لا يتم إلا فى النطاق المحدد لها بين البنوك ، فلا يجوز تداولها سواء كانت على دعامة ورقية أو على دعامة ممغنطة بنفس الطريقة التى يتم بها تداول الكمبيوترات العادية ، فالأشخاص الذين يتبعون هذا النظام يحظر عليهم وبصفة مطلقة أن يلقوا من الساحب أو الحامل كمبيوتر تقليدية صادرة على الورق ، فالكمبيوتر الإلكترونية لا يمكن أن تقترح أو تقبل بالتبادل المباشر (٦٣) دون مرور على الحاسب الآلى للمقاصة .

وإذا كانت الكمبيوترات الإلكترونية يبدأ إنطلاقها وزيوعها من الدائنين ، فإن استخدام هذه الكمبيوترات الإلكترونية الورقية يتم عن طريق الحاسب الآلى وحده ، فمن المستبعد تقديم الكمبيوترات الإلكترونية ولو كانت على دعامة ورقية عند الوفاء ، وذلك بسبب آلية النظام الذى ارتضى أطرافه الخضوع له أختياراً دون وجود لائحة ملزمة بذلك .

رابعاً : عمومية تطبيق الكمبيوتر الإلكترونية :

٢٩ - يتميز نظام الكمبيوترات الإلكترونية بأنه نظام ذو تطبيق عام سواء بالنسبة للمشروعات أو البنوك التى تقوم بتطبيقه ، فهو ليس حكراً على المشروعات التى تملك الحاسب الآلى ، فيمكن إصدار هذه الكمبيوترات على دعامة ورقية ، وإن كان من المأمول أن تتناقص هذه النوعية من الكمبيوترات مع الوقت لتفسح المجال للكمبيوترات الإلكترونية بمعناها الدقيق (٦٤) ، كذلك الكمبيوترات الإلكترونية ليست أداة مقصورة على البنوك التى تملك الوسائل الإلكترونية (٦٥) للمعلومات ، فهى معروضة على كل البنوك دون إستثناء ، فالبنوك التى لا تملك الوسائل الإلكترونية للمعلومات يمكن أن تتعامل بالكمبيوترات الإلكترونية عن طريق البنوك التى تملكها ، بل أن الأستخدام الأمثل والذى

يحقق إنتاجية أكثر للحاسب الآلى للمقاصة يستلزم إشتراك عشرون بنك على الأقل لتطبيق هذا النظام ، والعدد الحالى يقل عن ذلك ، مما يقتضى زيادة هذا العدد بطريقة غير مباشرة^(٦٦) عن طريق البنوك التى تطبق هذا النظام ، وذلك باشتراك غيرها فى تطبيقه ولكن من الباطن ، ولقاء مكافأة تدفعها للبنوك المشتركة فى هذا النظام ، فالكمبيالة الإلكترونية تقدم إذا دعماً للإستخدام القصرى Exclusive للبنوك ، فهى لا يمكن أن تقدم إلى التحصيل بواسطة مراكز الشيكات البريدية .

٣٠ - ويدخل فى عمومية التطبيق أن الكمبيالة الإلكترونية تعد فنا يقتصر تطبيقه على الأوراق التجارية دون الأوراق المالية ، وعموماً فإن نسبة الأوراق المالية تكون فى المحفظة المصرفية أقل من نسبة الأوراق التجارية التى تحتل مكاناً يزداد اتساعاً .

ونأمل أن يأتى اليوم الذى يمكن فيه منح الائتمانات المالية بمجرد تسجيل حسابى دون إنشاء السندات أو الكمبيالات^(٦٧) .

خامساً : الطابع الوطنى والأقليمى لنظام الكمبيالة الإلكترونية :

٣١ - نظام الكمبيالة الإلكترونية بتطبيقه الحالى يتميز بأنه نظام ذو طابع وطنى وإقليمى ، ففى فرنسا على سبيل المثال يعتمد على نظام الحاسب الآلى لبنك فرنسا والموجود فى باريس ، ويقترح البعض^(٦٨) لتقليل عيوب مركزية هذا النظام تزويد البنوك المحلية فى المدن الفرنسية الرئيسية مثل مدينة ليون بالحاسب الآلى ، وذلك لإجراء المقاصة بها والتى تعمل بشروط مشابهة لتلك التى تعمل فى باريس ، ويمكن ربط بنوك المدن الرئيسية داخل البلد الواحد مثل فرنسا ومصر بالحاسب الآلى للمقاصة الموجود فى باريس أو القاهرة ، أيضاً نلاحظ أن هذا النظام إقليمى قاصر على إجراء المقاصة التى تتم داخل حدود الأراضى الفرنسية ، ونأمل أن يأتى اليوم الذى تتم فيه المقاصة ليس فقط على مستوى الدولة الواحدة ولكن أيضاً على المستوى الدولى ، بين بنك فرنسا مثلاً وغيرها من البنوك الموجودة فى الخارج^(٦٩) .

ومن الجدير بالذكر أن معظم بنوك الدول النامية والتى تفقد الأنظمة الحديثة للمعلومات تجهل تقريباً نظام الكمبيالة الإلكترونية ، والبعض الآخر يعرفها فى حدود ضيقة على مستوى البنوك الأجنبية والاستثمارية كمصر .

الفصل الأول الكمبيالة الإلكترونية الورقية ومدى خضوعها لقانون الصرف

المبحث الأول شكل الكمبيالة الإلكترونية الورقية وبياناتها الإلزامية

أولاً : شكل الكمبيالة الإلكترونية الورقية :

٣٢ - الكمبيالة الإلكترونية الورقية L.C.R. papier هي الكمبيالة الإلكترونية الصادرة على الورق ، وهي من حيث الشكل تتضمن في الأصل البيانات الإلزامية التي ترد في الكمبيالة العادية والمنصوص عليها في القانونين التجاريين الفرنسي (م ١١٠)^(٧٠) والمصري (م ٣٧٩)^(٧١) ، ويتم تكملة هذه البيانات ببيانات منصوص عليها قانونياً بصفة اختيارية وكانا يردان أحياناً في الكمبيالة العادية ، وأولهما شرط الرجوع بلا مصاريف أو الأعفاء من عمل الاحتجاج ، والبيان الثاني يتعلق بمحل الوفاء ، هذا بالإضافة إلى احتواء الكمبيالة على بيانات تتعلق ببنك المسحوب عليه والفرع الذي يتم منه الوفاء ، كذلك رقم الحساب الخاص بالمسحوب عليه ، وهذه البيانات يطلق عليها بيانات الشخصية المصرفية للمسحوب عليه .

٣٣ - والإضافة الحقيقية غير المحظورة قانوناً هي بيان رقم حساب المسحوب عليه والذي يبلغه الساحب للبنك بعد إخطاره به من المسحوب عليه والذي ينم عن رغبة هذا الأخير في قبول التعامل بالكمبيالة الإلكترونية ، وهذه البيانات ضرورية حتى تتحقق الغاية من هذه الكمبيالة وهي الوفاء بقيمتها ، وخاصة أن النظام الآلى الذي يخضع له المتعاملين بهذه الكمبيالة يتشدد في توافر هذه البيانات الإلزامية خاصة بيان محل الوفاء وشرط الرجوع بلا مصاريف .

ثانياً : ميعاد الاستحقاق فى الكمبيالة الإلكترونية :

٣٤ - تستحق الكمبيالة الإلكترونية الورقية مثل الكمبيالة العادية بمجرد الإطلاع أو فى تاريخ محدد ، ولكن عندما تستحق الكمبيالة الإلكترونية فى تاريخ محدد فإن هذا التاريخ لا يمكن أن يكون فى أى يوم إذ كان يجب عند بدأ استخدام هذه الكمبيالة أن يكون فى أيام محددة هى أيام ٥ ، ١٠ ، ١٥ ، ٢٠ ، ٢٥ أو فى نهاية الشهر وكان على العملاء أن يتأقلموا على حصول الوفاء فى هذه التواريخ المحددة ، والتي يتجمع فيها وفاء عدد من الكمبيالات بطريقة إقتصادية ، وحتى يتم تسليم الكمبيالات للبنك وتقديمها للحاسب الآلى للمقاصة ، أما الكمبيالات المستحقة بمجرد الإطلاع فكانت تسويتها تتم فى أقرب ميعاد ممكن من التواريخ المشار إليها سلفاً ، ولكن إعتباراً من أول ديسمبر سنة ١٩٨٢ وعلى أثر زيادة إنتشار نظام الكمبيالة الإلكترونية تغير الأمر وأصبح من الممكن أن تحدد مواعيد الاستحقاق بصفة يومية^(٧٢) وليس فقط فى الأيام السابق ذكرها .

ثالثاً : مدى الشكلية فى الكمبيالة الإلكترونية وأهميتها :

٣٥ - فيما يتعلق بالقواعد الشكلية التى تخضع لها الكمبيالة التقليدية نجد أن الكمبيالة الإلكترونية الورقية تكون أكثر شكلية ، فمن الملاحظ أن البيانات الإلزامية فى هذه الأخيرة تكون أكثر عدداً من البيانات المطلوبة فى الكمبيالة التقليدية ، وليس هذا ما يهمنى إظهاره فالأهم هو بيان دور وأهمية الشكل المادى بالمعنى الدقيق بالنسبة للكمبيالة الإلكترونية ، وفى الواقع أن القانون لم يستلزم بالنسبة للكمبيالة التقليدية أى شكل مادى ملزم^(٧٣) ، وهذا لا يعنى إنكار دور الورق الذى لا يمكن أن توجد بدون الكمبيالة ، ولكن تظهر الشكلية على وجه الخصوص فى الكمبيالة الإلكترونية الورقية فى المظاهر الآتية :

٣٦ - أولاً : الكمبيالة الإلكترونية الورقية يجب ملئها على الآلة الكاتبة^(٧٤) أو على الحاسب الآلى بحروف كبيرة واضحة ، وذلك حتى يمكن فهمها والإطلاع عليها بسهولة بوسائل الإطلاع الآلية والبصرية ، فالكاتب باليد كما هو الحال فى الكمبيالة التقليدية مستبعد .

ثانياً : الكمبيالة الإلكترونية الورقية يجب تحريرها وفقاً لنموذج مطبوع^(٧٥) ، فالأماكن المخصصة لوضع البيانات وجب مراعاتها بدقة ، والمراد هنا مجرد توافر شكل مادى وليس شكل قانونى ، فالشكل المادى أحياناً يرجع على الموضوع .

ويتميز نظام الكمبيالة الإلكترونية بأن النموذج الذى تُطبع عليه الكمبيالة الإلكترونية لا يمكن أن يستخدم إلا بصدد الكمبيالات المخصصة للحصول بواسطة الحاسب الآلى للمقاصة فالكمبيالة التقليدية لا يمكن أن تعامل وفقاً لإجراءات الكمبيالة الإلكترونية .

٣٧ - ثالثاً : هناك شكلية لا تتعلق بالمظهر المادى ولكن بالجواهر أو الموضوع ، أى بتحديد الغرض من تسليم الكمبيالة ، فهل الغرض من تسلم الكمبيالة من العميل إلى البنك هو مجرد تحصيل قيمتها ، أو خصمها لدى البنك ، وكيف أن التسليم يجب أن يعبر شكلياً وبدقة عن قصد الطرفين فى هذا الخصوص ، علماً أنه لا يوجد على الكمبيالة أية إشارة قاطعة تدل على أنها للحصول^(٧٦) أو الخصم ، فالكمبيالة الإلكترونية الورقية المنشأ (الصادرة على دعامة ورقية) تقوم بدور مزدوج فهي يمكن أن تكون أداة للحصول كما يمكن خصمها لدى البنك وحينئذ تقوم بدور هام فى دعم الائتمان^(٧٧) . ويمكن للبنك أن يتخذ إجراء احتياطي فى حالة وجود حساب جارى للعميل لدى البنك وهو قيد الكمبيالة فى الحساب الجارى للعميل ، وذلك لأن هذا القيد يترتب عليه تحويل تسليم الكمبيالة للحصول إلى تسليم للخصم^(٧٨) .

٣٨ - ويمكن أن تكون الكمبيالة مرفقة ببعض أوراق تدعو إلى الاعتقاد بأن الكمبيالة رغم تسليمها بنية الحصول يمكن أن تكون محررة لأمر البنك بقصد الخصم ، والفرقة بين الفرضين ليست مجرد تفرقة نظرية فحسب ، وإنما لها آثار قانونية وعلى وجه الخصوص بالنسبة للعلاقة بين المسحوب عليه والساحب أو مصرف هذا الأخير .

ففى حالة التسليم بقصد الحصول يمكن للمسحوب عليه أن يحتج فى مواجهة مصرف الساحب بالدفع التى يجوز له التمسك بها فى مواجهة مسلم الكمبيالة (الساحب)^(٧٩) على العكس من ذلك لا يهتم مسلم الكمبيالة للبنك فى حالة التصفية القضائية للأموال بهذه العلاقات القانونية ، فإذا كان تسليم الكمبيالة على سبيل الحصول وليس على سبيل التملك يظل مسلم الورقة صاحب الدين المسلم فيها ، ولذلك يتعين على مسلم الورقة أن يقيم الدليل فى مواجهة أصحاب الشأن ومثهم أمين التفليسة على أن الكمبيالة سلمت على سبيل الحصول ، وحينئذ يظل مسلم الورقة هو صاحب الحق فى الدين المذكور فى هذه الورقة .

٣٩ - وتجنباً لهذه المشاكل قد أكد بنك فرنسا على دقة القانون فى هذا الخصوص وذلك فى رأى له فى سبتمبر ١٩٦٧ مفادة أن الكمبيالة التى تحرر من أجل الحصول لا يمكن أن تنشأ مباشرة لأمر البنك ، لأن هذا الأخير سوف يصبح وفقاً للمادة ١١٦ من التقنين التجارى الفرنسى مالكا

لمقابل الوفاء ، كذلك كمبيالات التحصيل يجب أن تكون مسحوية لأمر الساحب نفسه متضمنة إشارة عدم تظهيرها إلا بقصد التحصيل ، وبعد ذلك تَظهر لأمر البنك ، وإحتراماً لهذه المبادئ لا يقبل بنك فرنسا الكمبيالات الألكترونية إلا إذا كانت مظهرة^(٨٠) .

المبحث الثانى

مدى خضوع الكمبيالة الألكترونية الورقية للقبول والضمان الاحتياطى والتظهير

أولاً : القبول :

٤٠ - تقديم الكمبيالة الألكترونية الورقية للقبول أمر ممكن ، ونموذج الكمبيالة المطبوع يشير إلى إمكان ذلك ، ورفض قبول الكمبيالة يؤدى إلى نفس النتائج^(٨١) التى تترتب على عدم قبول الكمبيالة التقليدية .

وتقديم الكمبيالة للقبول لا يثير أية مشكلة إذا أمّن الساحب قبول المسحوب عليه للكمبيالة قبل تسليمها للبنك لتحصيلها ، وفى الواقع الكمبيالة الألكترونية الورقية ترسل إلى القبول بنفس شروط الكمبيالات العادية ، توقيع المسحوب عليه على الورقة نفسها يجب الحصول عليه ، وأى بنك كبير لن يلتزم بالقبول إلا إذا كانت الورقة سوف تستحق بعد أربعين يوماً على الأقل من إستلامها ، هذه المدة لها أثر هام هو دفع المسحوب عليه إلى العدول عن عملية القبول ، هذا فضلاً عن أن قبول الكمبيالات من قبل البنوك يدفعهم إلى الإحتفاظ بها للقيام بوفائها ، ونظام الكمبيالة الألكترونية لم يحم على تسليم الكمبيالات للمسحوب عليهم ، فهذه العملية من شأنها أن تشجع المسحوب عليهم على عدم الأخذ بنظام الكمبيالة الألكترونية أو تدفعهم للضغط على الساحبين بالا يقدموا الكمبيالات المسحوبة عليهم للقبول ، وهذه النتيجة المزدوجة من شأنها أن تمنع عملاً تقديم الكمبيالة الألكترونية للقبول ، وتقرير لجنة جيلة Gilet كشف أن ثلاثة أخماس ٣/٥ الكمبيالات لا تقدم إلى القبول .

٤١ - ومن عيوب قبول الكمبيالة الألكترونية أنه سوف يترتب على ذلك إمتناع بعض المسحوب عليهم عن وفاء الكمبيالات غير المقبولة ، كما أن البنوك يجب أن تعدل من عاداتها فى هذا الخصوص سواء بقبول الكمبيالات سواء من حيث إظهار الإشارة الدالة على القبول على بيان الحساب المرسل إلى المسحوب عليه .

وفى النهاية نرى أن القبول إذا كان ممكناً بالنسبة إلى الكمبيالة الإلكترونية الورقية فهو لا يتفق^(٨٢) عملاً مع روح هذا النظام ، وذلك لأنه يتطلب تداول الأوراق الأمر الذى تسعى الكمبيالة الإلكترونية لتجنبه ، هذا فضلاً أن قبول الكمبيالة يشكل صعوبة بالنسبة لبنك المسحوب عليه تتمثل فى عدم وجود توقيع^(٨٣) لديه بالقبول يظهر على الورقة الموجودة فى حيازة البنك المحرك للكمبيالة .

ثانياً : الضمان الاحتياطى :

٤٢ - وكما يجوز قبول الكمبيالة الإلكترونية الورقية يجوز أيضاً الضمان الاحتياطى Unaval لها ، ويصدر الضمان الاحتياطى وفقاً للمادتين ١٣٠^(٨٤) من قانون التجارة الفرنسى و ١٨٤^(٨٥) من قانون التجارة المصرى ، ونموذج الكمبيالة المطبوع يتضمن مكاناً محفوظاً للضمان الاحتياطى عليها ، وحصول الضمان الاحتياطى كثير للوقوع فى العمل سواء كان الساحب قد أنشأ الكمبيالة لأمره وأراد أن يكفل تعهد بمقدم للضمان لإمكانية تظهير الورقة للغير بصفة خاصة بنك فى حالة ما تكون الكمبيالة خالية من قبول المسحوب عليه ، سواء كان المظهر يعانى من بعض صعوبات فى تداول ورقة مسحوبة على أشخاص ملائهم المالية غير أكيدة .

٤٣ - وفى الواقع أن الكمبيالة الإلكترونية الورقية تتلائم مع الضمان^(٨٦) الاحتياطى الصادر على الورقة عدا الحالة التى يكون فيها الضمان قبل تسليم الورقة للبنك ، أو حالة إعلان البنك أنه لم يستلم الكمبيالة للخصم لأن الضمان غير مفيد للبنك إذا كان إستلام الورقة لمجرد التحصيل ، وإذا كان الضمان الاحتياطى يتلائم مع الكمبيالة الإلكترونية الورقية إلا أنه ينبغى أن نلاحظ أن مجال تطبيقه سوف يصبح ضيقاً بسبب عدم تظهير الكمبيالة الورقية تظهيراً ناقلاً للملكية كما سوف نشير فيما بعد .

فالكمبيالة تسلم من الساحب إلى البنك ، فلا محل لوجود ضمان احتياطى يضمن توقيع المظهر ، والمدينين المضمونين أن يكونوا فى الواقع سوى الساحب والمسحوب عليه .

٤٤ - هكذا نخلص إلى أن الضمان الاحتياطى للكمبيالة الإلكترونية الورقية الذى يمكن فى العمل أن يتعلق بالساحب أو المسحوب عليه يكون ممكناً ، وهو يمكن تقريره عند إصدار^(٨٧) الكمبيالة وفقاً لشروط المادتين ١٣٠ من قانون التجارة الفرنسى والمادة ١٨٤ من قانون التجارة المصرى ، أما بالنسبة لغيرهم من الموقعين فهو غير ممكن بسبب عدم تظهير الورقة تظهيراً ناقلاً للملكية إلا فى أضيق الحدود كذلك يمكن إجراء ضمان احتياطى للكمبيالة بعد تسليمها إلى البنك ، ولكن الضمان هنا يكون على ورقة مستقلة عن الكمبيالة ، ولذلك فهو ينتج أثره بين طرفية فحسب ، ولا يكون ضماناً صرفياً^(٨٨) .

ثالثاً : تظهير الكمبيالة الألكترونية الورقية :

٤٥ - تظهير الكمبيالة الألكترونية الورقية ممكن ، إذ يستطيع العميل أن يستخدم نظام التظهير مع بعض مراسلية ، فهو يمكنه تسليم الكمبيالة إلى مصرفه سواء للحصول أو للخصم^(٨٩) . وسوف نبحت مصير التظهير الناقل للملكية وما نلاحظه ينطبق سواء بالنسبة للتظهير السابقة على تسليم الورقة للبنك سواء بالنسبة للتظهير بمعرفة البنك .

هكذا نلاحظ أنه ليس مستبعداً إمكانية تظهير الكمبيالة الورقية بمناسبة تسليمها إلى البنك الممول سواء على سبيل التملك بواسطة المستفيد أو بواسطة حامل لاحق لمصلحة المصرف الذي يقوم بالخصم سواء كانت الكمبيالة مظهرة على سبيل التملك قبل تسليمها للبنك وذلك لمصلحة حامل قد عهد بتحصيلها إلى البنك ، سواء كانت مظهرة على سبيل التملك بواسطة المستفيد أو حامل لاحق بواسطة البنك الذي يقوم بالخصم .

٤٦ - فتظهير الكمبيالة الألكترونية ليس إذاً أمراً محظوراً^(٩٠) ومن ذلك حالة الشركات التي تسلم الكمبيالات لبنوكها بقصد خصمها أو تحصيلها ، ففي الأصل تسلم هذه الكمبيالات إلى البنك مباشرة من الساحب نفسه ، والحالة التي تسلم فيها الكمبيالة للبنك بواسطة شخص آخر غير الساحب تعد استثنائية بالنسبة لهذا المستند ، هكذا يعد استثنائي التظهير الناقل للملكية للكمبيالة الألكترونية وذلك لأن خصم الكمبيالة الألكترونية يأخذ عادة شكل سحب الكمبيالة لأمر المصرف دون توسط أى حامل بينهما .

فالكمبيالة الألكترونية الورقية للحصول لابد أن تصدر لأمر الساحب وتتضمن في الخلف إشارة مقتضاها أنها صدرت بقصد التحصيل ، وبعد ذلك تظهر لأمر البنك ، أو تنشأ لأمر الساحب وتظهر بمعرفته لأمر البنك المحصل مع إشارة القيمة للتحصيل *Valeur en recouvrement* .

٤٧ - فقانونا التظهير الناقل للملكية من قبل البنك يمكن حصوله ، وإن كان في الحقيقة ينبغي عدم وقوعه وذلك لعدة أسباب هي :

١ - حصول التظهير يعتبر ضد تعهد البنك على الأقل ضمناً قبل الساحب بالمحافظة على الكمبيالة لديه .

٢ - مثل هذا التظهير الناقل للملكية لمصلحة شخص آخر غير البنك يجب أن يؤثر عدم ثقة المظهر إليه الذي يعتقد أن الكمبيالة المظهرة إليه من البنك ربما تكون سلمت إلى البنك بقصد التحصيل .

٣ - إذا افترض أن الكمبيالة أخذت من البنك لخصمها التظهير الناقل الذى يتم من هذا الأخير للتمويل لا يحدث كثيراً لأنه يصبح غير مفيد .

وعموماً البنك يمكن أن يقوم بخصم الكمبيالة الألكترونية لكى يعيد تمويل نفسه ، وإعادة التمويل هذه تتطلب مع ذلك الشكل التقليدى للتظهير ، وفى حالة عدم القيام بالتظهير يخاطر البنك بالقيام بوفاء مزدوج ، وعموماً نقل الديون فى السوق النقدى لا يستلزم فى فرنسا^(٩١) منذ عام ١٩٧١ التظهير أو النقل المادى للأوراق .

وفى النهاية نخلص إلى أن التظهير الناقل للملكية للكمبيالة الألكترونية الورقية قليل الوقوع عملاً ومصيره إلى الزوال^(٩٢) .

المبحث الثالث

وفاء الكمبيالة الألكترونية الورقية

٤٨ - وفاء الكمبيالة الألكترونية سواء كانت ورقية أو مغطاة يتم بين البنوك وعن طريق الحاسب الآلى دون التدخل الشخصى للساحب أو المسحوب عليه كما يحدث عادة فى الكمبيالات التقليدية ، وتخضع عمليات الوفاء بالكمبيالة الألكترونية الورقية لعدة خطوات تبدأ بتسليمها من الساحب إلى المصرف الذى يتعامل معه ، يقوم بعد ذلك بنك الساحب (المحرك للكمبيالة والحائز للصك الورقى) بنقل ما يحتويه الصك من بيانات على دعامة مغطاة أو (ديسكت) إذا كانت الكمبيالة ورقية ويحتفظ بالكمبيالة الورقية لديه لإستخدامها عند اللزوم (فى الرجوع فى حالة عدم الوفاء أو المعارضة^(٩٣) أو الإثبات) .

المرحلة الثالثة تتم بعد ذلك بتجميع كل الكمبيالات الصادرة والتي تستحق فى تاريخ واحد على المستوى القومى وذلك لتقديمها إلى الحاسب الآلى للمقاصة ، بعد إنجاز الإجراءات اللازمة على الأشرطة المغطاة يسلم الحاسب الآلى إلى البنوك محل الوفاء شريطاً مغطى متضمناً عدد الكمبيالات الواجب وفائها وبياناتها والتي يجب على كل بنك الوفاء بها ، هكذا يتم الوفاء^(٩٤) من بنك إلى بنك بواسطة المعلومات المسجلة على الأشرطة المغطاة عن طريق النظام الآلى للمعلومات دون تقديم مادى للكمبيالة الورقية المحتجزة عند بداية إنطلاقها لدى البنك الساحب .

أولاً : مدة تقديم الكمبيالة للوفاء :

٤٩ - تقديم الكمبيالة الألكترونية فى تاريخ الاستحقاق المتوقع يستلزم مراعاة مدة معينة يجب تقديم الكمبيالة للبنك قبل إنقضائها حتى يتمكن البنك من وفاء الكمبيالة ، هذه المدة كانت ثمانية^(٩٥) أيام قبل تاريخ إستحقاق الكمبيالة عند بداية ظهور الكمبيالة الألكترونية وأصبحت منذ عام ١٩٨٢ ست أيام مفتوحة قبل تاريخ الإستحقاق ، وذلك لتسليمها إلى الحاسب الآلى^(٩٦) للمقاصة ، وللعامل حرية الإتفاق مع البنك على تقديم الكمبيالة فى وقت ملائم حتى يتمكن هذا

الأخير من تقديمها في الوقت المناسب قبل تاريخ الإستحقاق . وهذا التداول بواسطة الحاسب الآلى قاصر على البنوك والزامى بالنسبة لها ، وتقديم الصك إلى الحاسب الآلى يحقق فى نظر الفقه^(١٧) نفس الأثر الذى يترتب على تقديمه إلى غرفة المقاصة^(١٨) ، بعد معاملة الكمبيالة بالحاسب الآلى ترسل الديسكت الممغطة إلى بنك المسحوب عليه ، هذا الأخير يحرر بناء على تعليمات عملائه والمعلومات التى تصل إليه إشعاراً ورقياً محدداً الكمبيالات واجبة الدفع فى تواريخ إستحقاقها مع كل المعلومات المتعلقة بها ، هذا الإشعار عبارة عن بيان محرر من شقين يرسلان إلى المسحوب عليه معا .

٥٠ - عند موافقة المسحوب عليه على قيام البنك بالوفاء يرسل إليه الشق الأيسر من هذا الإشعار مؤرخاً وموقعاً منه ، ويحتفظ المسحوب عليه بالشق الأيمن من الإشعار والذى يحمل نفس البيانات والذى يمكنه من إثبات حصول الوفاء عند اللزوم ، والإشعار المشار إليه يمكن للمسحوب عليه إعادته للبنك بعد فحصه فى اليوم الأخير السابق على تاريخ الإستحقاق كحد أقصى ، وعند عدم حصول ذلك هذا يعنى عدم دفع قيمة الكمبيالة ، فالوفاء بالكمبيالة الألكترونية يقع إذا عند مبادرة^(١٩) المدين الذى يحتفظ بقدر من السلطة فى إتخاذ القرار بالوفاء ، وذلك على خلاف ما يحدث فى حالة الإخطار بالخضم أو الإقطاع من الحساب .

فى حالة عدم وفاء الكمبيالة فتتبع الكمبيالة غير المدفوعة دورة عكسية^(٢٠) حتى الساحب وتكون مدة إعادتها ستة أيام مفتوحة بعد^(٢١) تاريخ الإستحقاق ، وعند مرور الكمبيالة أثناء العودة يأخذ البنك المركزى أثناء مرورها (بنك فرنسا بصدد القانون الفرنسى) كل الإستعلامات الضرورية لتقديمها لمركز الخدمة الرئيسية للكمبيالات غير المدفوعة .

٥١ - من الجدير بالذكر أنه فى حالة عدم الوفاء أيا كان المبرر لا يحرر فى الأصل أى احتجاج ، لأن الكمبيالة الألكترونية تضمن شرط الرجوع بلا مصاريف ، والذى يعنى الإعفاء من عمل الاحتجاج ولكن الإشعار بعدم الدفع يعود إلى بنك الساحب متبعاً نظام معلوماتى عكس السابق ذكره ، وهذه العودة يجب أن تتم خلال مدة محددة وضيقة (ستة أيام من تاريخ الإستحقاق) ، فإذا لم يحدث هذا الإشعار من حق بنك الساحب أن يفترض أن الكمبيالة قد تم تسويتها ، فبنك محل الوفاء يتحمل حينئذ مخاطر الصمت^(٢٢) ، وهو حل قاسى ولكن يمكن تحديد مسئولية المصرف الذى يخل بالتزامه فى هذا النظام بتعويض المضرور عن الضرر المتكبد ، ويتمثل التعويض فى التزام البنك الأخير بوفاء الكمبيالة ، ويستفيد هذا الأخير من مبدأ الحلول المنصوص عليه فى القانون المدنى^(٢٣) .

٥٢ - وإذا كان الأصل أن وفاء الكمبيالة يستلزم تقديمها للمسحوب عليه أو إلى بنك هذا الأخير في حجرة المقاصة ، وكذلك تمام عملية الوفاء يستلزم الحصول على مخالصة أو تأشير على الكمبيالة بالتخالص^(١٠٤) ، فإن استخدام الكمبيالة الإلكترونية كما أشرنا سلفاً يستبعد هذين الفرضين لأن بنك الساحب عند إستلامه الكمبيالة يقوم بنقلها على دعامة ممغنطة ويحتفظ بها لديه ولا يقدمها بعد ذلك لأحد ، فعدم تقديم الكمبيالة وعدم تسليمها عند الوفاء يتطلبها الزامياً إتباع نظام الكمبيالة الإلكترونية ، فهما حجر الزاوية لهذا النظام ، وبينما تعطى قواعد القانون التجارى المسحوب عليه حق الحصول على مخالصة من الحامل عند وفاء الكمبيالة ، نرى أن هذه الأمور تمثل جوهر المشكلة بالنسبة للكمبيالة الإلكترونية ويمكن حلاً لهذه المشكلة أن يتخلى بنك المسحوب عليه من شرط الإطلاع على الكمبيالة عند المطالبة بها ، وعن إستلامها عند وفائها مانحاً ثقته إلى البنك ، كذلك يمكن للمسحوب عليه أن يتخلى عن إستلام الكمبيالة عليها المخالصة بالوفاء .

ثانياً : حالة الوفاء الجزئى للكمبيالة :

٥٣ - فى حالة الوفاء الجزئى للكمبيالة وهو - فرض جائز بالنسبة للكمبيالة الإلكترونية كما هو الحال بالنسبة للكمبيالة التقليدية - يكون من حق المسحوب عليه إستلام قائمة بالكمبيالات التى تم تسويتها فعلاً ، ولا يحق له الحصول على إيصال بالوفاء من الحامل ، أو تأشير على الكمبيالة تفيد ما تم به الوفاء وفقاً للمادتين ١٣٦/٣^(١٠٥) من التقنين التجارى الفرنسى والمادة ٢٧/٣^(١٠٦) من قانون التجارة المصرى ، فالخضوع إلى نظام الكمبيالة الإلكترونية يفترض معه التخلي^(١٠٧) عن هذا الحق ، فالصعوبة التى تثور فى هذه الحالة هى أن الكمبيالة الإلكترونية عند وفائها جزئياً لا يؤشر عليها بما يفيد هذا الوفاء الجزئى تطبيقاً للمادتين ١٣٦/٣ تجارى فرنسى و ٢٧/٣ تجارى مصرى ، ويخشى حينئذ قيام الحامل بإعادة تظهير الورقة مرة أخرى ويحصل على قيمتها كاملة فى غياب وجود تأشير على الكمبيالة تفيد حصول الوفاء الجزئى ، وفى هذا الفرض نكرر ما سبق ذكره بخصوص التظهير وهو أن تظهير الكمبيالة الإلكترونية بواسطة مستلمها محل شك فى ذاته ، ويجب أن يثير شك كل مظهر إليه ، والحل فى هذا الفرض هو إمكانية أخذ تعهد^(١٠٨) صريح على البنك الذى تلقى الورقة بأن يحتفظ بها لديه وإلا يقوم بتظهيرها مرة أخرى تظهير ناقل للملكية ، وأن المسحوب عليه لا يدفع المبلغ المذكور فى الكمبيالة سوى مرة واحدة ، هذه الوسيلة هى الحل لتجنب الصعوبات السابق ذكرها .

٥٤ - ومن الصعوبات التى يمكن أن تثور بصدد الكمبيالة الإلكترونية وتستحق البحث هى حالة المسحوب عليه القابل للكمبيالة ، والذى يمكن أن يشترط عند وفاء الكمبيالة وجوب تسليمها

له ، ويمكن أن يرفض الوفاء عند عدم حصول هذا التسليم ، تغلباً على هذه الصعوبة يجب على المتعاملين بالكمبيالة الإلكترونية إدراك ما تحققه هذه الكمبيالة من سهولة ويسر للمتعاملين بها ، وأن الدخول فى هذا النظام يقوم على اشتراط عدم التقديم المادى للكمبيالة الإلكترونية أو تسليمها^(١٠٩) عند الوفاء وأن هذين الشرطين غير قابلين للمعارضة من الأطراف التى تأخذ بهذا النظام .

ثالثاً : إثبات الوفاء :

٥ - يتم إثبات وفاء الكمبيالة الإلكترونية عن طريق إشعار^(١١٠) الوفاء الذى يحرر من قبل البنك الذى يقوم بالوفاء يتم تحريره قبل تاريخ الإستحقاق ، ويؤشر به فى الجانب المدين للمسحوب عليه ، كل ما هو مقيد فى الحساب يعد دليلاً على إثبات الوفاء لصالح المسحوب عليه ويأخذ حكم المخالصة بالنسبة لهذا الأخير ، ويمكن أيضاً للمسحوب عليه أن يطلب من مصرفه مع إستعداده لدفع التكاليف كشف بالحساب يشمل بيان بالكمبيالات التى تم الوفاء بها ، أو تلك التى لم يتم الوفاء بها ، البنك حينئذ يزود العميل بكشف بالكمبيالات الإلكترونية التى تم الوفاء بها ، والذى يعد المستخرج منه دليلاً على إثبات حصول الوفاء . يحدث نفس الوضع فى حالة الوفاء بجزء من الكمبيالة ، فيصدر البنك كشف حساب يتضمن الجزء الذى تم الوفاء به والمشار إليه فى الحساب المدين للمسحوب عليه ، من وجهة النظر القانونية يكون هذا الكشف وسيلة لإثبات وفاء الكمبيالة من قبل المسحوب عليه ، ويمكن فى حالة وفاء كمبيالات فى تواريخ متباعدة أن يرسل البنك إلى المسحوب عليه إشعار بوفاء كل كمبيالة تم إستلامها ، هكذا يجد المسحوب عليه فى هذا الإشعار بالإضافة إلى كشف حسابه المدين والمستخرج من حسابه لدى البنك إثبات على وفاء الكمبيالة واحدة كانت أو أكثر .

٥٦ - هكذا نجد أن إثبات الوفاء بالكمبيالة الإلكترونية يتم بواسطة إخطار المسحوب عليه يطلب^(١١١) الوفاء بالكمبيالة الإلكترونية ، يكمله نسخة من حساب العميل (المسحوب عليه) لدى البنك وكلاهما يعد فى الواقع إثباتاً ورقياً أو بالأوراق^(١١٢) .

من المعروف أن إشعار طلب الوفاء الختامى الخاص بالكمبيالة الإلكترونية لم يعد بعد عملاً مطلقاً وعاماً ، وذلك منذ أن أصبح من حق المسحوب عليه إبداء رغبته فى الحصول على إشعار وفاء الكمبيالات على شرائط مغلطة ، فى هذه الحالة المسحوب عليه سوف يقتصر أن يرسل إلى بنكه المعلومات المتعلقة بالكمبيالات التى تكون مرفوضة كلياً أو جزئياً ، أما الكمبيالات الأخرى فسوف يتم الوفاء بها آلياً ، هكذا نجد المسحوب عليه لا يملك الجزء الأيمن من إشعار طلب الوفاء كوسيلة

إثبات ، ولكن يملك فقط صورة من مستخرج حسابه الذى يتضمن حالة الوفاء الكلى للكمبيالات والشريط الممغنط الذى حصل عليه من البنك ، والسؤال المطروح الآن هو هل يمكن للمسحوب عليه أن يقيم الدليل مستقبلاً على حصول الوفاء بالاستعانة بالأشياء التى توجد فى حيازته ؟ وهى الشريط الممغنط (ديسكت) ونسخه من مستخرج حسابه . الإجابة يجب أن تكون بنعم ، فاللفقه^(١١٣) الحديث يرى أنه يجب قبول الدعائم الممغنطة كوسيلة للإثبات صالحة تماماً كالوسائل الورقية ، على الأقل فى العلاقات بين التجار ، أيضاً القانون التجارى المصرى الحديث^(١١٤) أجاز الإثبات بالصور المصغرة الميكروفيلىم فى المعاملات التجارية إذا تم حفظها وإستيفائها الشروط التى يحددها وزير العدل .

٥٧ - والسؤال الثانى الذى يحتاج إلى الإجابة هو هل وسائل الإثبات الموجودة تحت تصرف المسحوب عليه يمكن أن تقدم له نفس الفاعلية أو نفس الأمان الذى كان يحققه له تسلم الكمبيالة للمسحوب عليه مخالصة بالوفاء ؟ فحيازة هذه الأخيرة كانت تشكل دليلاً فعالاً للمسحوب عليه على وفاء الكمبيالة فى مواجهة أى شخص كان ، فالمسحوب عليه للكمبيالة الإلكترونية الذى ارتضى إثبات التسوية يمكنه أن يلجأ بكل تأكيد إلى إشعار طلب الوفاء ، أو كشف الحساب المدين ومستخرج من حسابه لكى يحقق هذا الإثبات فى حالة مطالبته مرة أخرى بوفاء الكمبيالة .

هذا السؤال مطروح بالنسبة لمستقبل الكمبيالة الإلكترونية ، لأن المسحوب عليه المقترح عليه إتباع نظام جديد لوفاء الكمبيالة وللإثبات من حقه أن يشترط أن يحقق له النظام الجديد للوفاء نفس الأمان الذى يحققه له النظام القديم .

٥٨ - والفرض الذى يمكن أن تقدم فيه الكمبيالة للوفاء مرة ثانية لا يقع إلا من بنك الساحب أو المستلم ، أو من بنك آخر حول له بنك الساحب أو المستلم الكمبيالة على سبيل التملك ، أما إذا كان التقديم الثانى وقع من بنك الساحب الذى تسلمها على سبيل التحصيل ، فيمكن للمسحوب عليه أن يتمسك فى مواجهته بالوفاء مستنداً إلى الأدلة السابق ذكرها (إشعار طلب الوفاء ، كشف الحساب المدين ، مستخرج من حساب المسحوب عليه) ، كذلك يمكنه التمسك بنفس الأدلة فى مواجهة الساحب .

ونظراً للصعوبات التى تنشأ عن تظهير الكمبيالة الإلكترونية مرة ثانية تظهيراً ناقلاً للملكية فينبغى على المصرف الذى قبل تظهير الكمبيالة تظهيراً لصالحه أن يعلم أن هذا التظهير ليس مخصص للتداول وسوف يكون عرضه للعقاب^(١١٥) ، إذا تم تظهيرها مرة ثانية إلى حامل حسن النية .

الفصل الثانى الكمبيالة الألكترونية الممغنطة La lettre de change relevé magnetique

المبحث الأول ماهية الكمبيالة الألكترونية الممغنطة وتميزها عن مثيلتها الورقية

أولاً : ماهية الكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغنطة^(١١٦)
La lettre de change: relevé bande magnetique

٥٩ - لما كان الهدف الأساسى من إستخدام الكمبيالة الألكترونية هو الإقتصاد فى إستخدام الورق وما يصاحبه من تكاليف باهظة فى إنشاء الكمبيالات ظهر شكل جديد للكمبيالة الألكترونية هو الكمبيالة الألكترونية الممغنطة ، أو على دعامة ممغنطة ، وهذه الكمبيالة لاتصدر على دعامة ورقية كما هو الحال فى الكمبيالة الألكترونية الورقية La lettre de change relevé papier وإنما تصدر على دعامة ممغنطة (ديسكت) بحيث يمكن الإطلاع عليها ومعاملتها عن طريق الحاسب الآلى وهذا الشكل من أشكال الكمبيالة الألكترونية يتسم بالبساطة فهو يتفادى ضرورة تحريرها ابتداء على الورق ، فبينما يقوم الساحب فى حالة تحرير الكمبيالة الألكترونية الورقية بتسليم كمبيالة حقيقية ورقية إلى مصرفه ، ثم يقوم هذا الأخير بنقل بياناتها على دعامة ممغنطة ، فهذه الأخيرة تنطوى على قدر كبير من التيسير وتحقق ميزة مزدوجة ، لا تتمثل فى الإستغناء عن الورق وتوفير تكاليف إستخدامه فحسب ، وإنما تتمثل أيضاً فى توفير ما يفقد من وقت وجهد سواء فى إعادة نقل الكمبيالات الورقية على دعائم ممغنطة أو فى تداولها وتسويتها .

ففى الكمبيالة المغنطة يسلم الساحب إلى مصرفه دعامة مغنطة وليست محرراً ورقياً متضممه كافة البيانات الإلزامية للكمبيالة مضافاً إليها كل البيانات المتعلقة بالشخصية المصرفية للمسحوب عليه ومحل الوفاء^(١١٧) .

٦٠ - هكذا إذا كان الساحب يمكنه أن ينشئ بنفسه الكمبيالة على دعامة مغنطة فإن إنشائها على دعامة ورقية يصبح غير ضرورى وغير مفيد ، وينبغى إذا الغاؤه على الأقل للإستفادة من تجنب ضريبة الدمغة^(١١٨) التى توضع على الكمبيالة الورقية ، أيضاً لا يمكن الحديث عن الكمبيالة الألكترونية بالمعنى الدقيق إلا بالإستغناء تماماً عن الورق فى إنشاء الكمبيالة ، وإنشاء الكمبيالة الألكترونية مباشرة على دعامة مغنطة^(١١٩) ، وذلك لأن الكمبيالة الألكترونية بالمعنى الدقيق هى التى تخضع منذ إنشائها حتى الوفاء بها إلى الوسائل الألكترونية .

وإستخدام الكمبيالة الألكترونية يتم فى الواقع من قبل المشروعات^(١٢٠) الكبيرة التى تملك تجهيزات الكترونية وعلمية ملائمة ، وتملك ثقة البنوك ، فالمشروع العميل مؤهل ليسجل على دعامة مغنطة كل معطيات الكمبيالة الألكترونية ويسلمها إلى البنك ، وعادة هذه المشروعات تصدر فوائدها على ديسكت ، وفى الحالة التى يثبت فيها الدائن فوائده عن طريق الحاسب الآلى من المتوقع أنه بدلاً من إستخدام كمبيالة الكترونية ورقية أن يسلم إلى بنكه دعامة مغنطة (ديسكت) بهذه الكمبيالة ، ولكن البنك من جهته يجب أن يتخلى عن الضمانات^(١٢١) التى توفرها له الكمبيالة التقليدية خاصة الناجمة عن نقل مقابل الوفاء ، كذلك الناشئة عن التوقيع بالقبول والضمان الاحتياطى .

ثانياً : الفروق بين الكمبيالة الألكترونية الورقية ومثلتها على دعامة مغنطة :

٦١ - هناك فرق كبير بين الأثنين ، فالكمبيالة الورقية هى كمبيالة حقيقية بعد إنشائها تنقل على دعامة مغنطة بواسطة بنك الساحب ، أما الثانية فلا تعد فى الحقيقة كمبيالة ، فلا توجد كمبيالة فى الواقع دون صك ورقى ، على أى حال الكمبيالة الألكترونية على دعامة مغنطة *L.C.R. bandemagnetique* تستبعد إبتداء أى ورق مكتوب ، فى ضوء هذه المواصفات يمكن التساؤل عما إذا كانت تسمية الكمبيالة الألكترونية على دعامة مغنطة تعتبر تسمية موقفة أم لا ، إذا كانت الحرف الثلاث *L.C.R.* لمجرد الخيال *Fantaisie* فيمكن قبول هذه التسمية ، حقاً أن تعبير كمبيالة الكترونية مغناطيسية يثير فكرة صدور كمبيالة على دعامة مغنطة ، ولكن مع ذلك هذه التسمية تثير قدراً من الغموض ، علماً أن إتفاقية جنيف لا تتعارض^(١٢٢) مع وجود أداة يمكن أن يطلق عليها كمبيالة ولا تقدم الخصائص القانونية المعروفة فى القانون الموحد .

٦٢ - فكلمة كمبيالة لا تتمتع بالحماية مثل الشيك ، فلا يجوز إصدار شك يحمل كلمة شيك دون أن يتضمن شروطه ، والأمر ليس كذلك بالنسبة للكمبيالة ، فكل تسمية أخرى غير كمبيالة الكترونية على دعامة ممغطة دون شك سوف تكون أفضل ، مثلاً يقال أداة التحصيل الآلى أو أى تسمية أخرى مشابهة .

فالقول مرة واحدة بقبول إستخدام إصطلاح الكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغطة يترتب عليه بسهولة أن أى من النصوص الخاصة فى القانون التجارى ، والمتعلقة بالكمبيالة لا يمكن أن تجد هنا محلاً للتطبيق ، وأن أى من العمليات التى تخضع لها الكمبيالة التقليدية لا يمكن التفكير فيها بالنسبة للكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغطة *L.C.R. Band magnetique* . قانونياً الكمبيالة الألكترونية الممغطة تقوم أساساً على فن التحصيل^(١٢٣) أو الوكالة فى التحصيل أكثر من كونها شك^(١٢٤) بالمعنى المعروف ، فعن طريقها البنك المستلم للكمبيالة يقوم بقبض ديون عميله مستخدماً الوسائل الألكترونية . فالبنك المحصل يعد فى الواقع وكيلًا عن العميل فى قبض قيمة الكمبيالة الذى يعهد له العميل بتحصيلها عن طريق تسليمه الدعامة الممغطة مصحوبة بكشف ورقى .

٦٣ - البنك ينفذ بعد ذلك الوكالة ناقلاً هذه الأشرطة بواسطة الحاسب الآلى للمقاصة ، المطالبة بالوفاء تتم بواسطة أشرطة أخرى ممغطة لدى مصرف المدين الذى يبدو فى نفس الوقت كوكيل يحل محل بنك الدائن فى التحصيل ووكيل عن المدين فى الدفع ، فى الواقع المدين عدد إرساله إلى بنك الكمبيالة الألكترونية فإنه يعطى إلى هذا الأخير وكالة بالوفاء ، فمن المعروف أن تحديد محل الوفاء ينتج بالمثل وكالة معطاه بواسطة العميل إلى مصرفه^(١٢٥) .

فالدفع من حساب إلى حساب هو الذى يسود عملية الوفاء فى الكمبيالة الألكترونية ، فالدعامة الممغطة لا تعتبر فى هذا الصدد سوى دعامة للمعلومات المتعلقة بالكمبيالة *Informatique* فالديون المذكورة على الدعامة المغنطيسية ليس لها قيمة فى ذاتها ، فهذه الأخيرة لا تعد ممثلة للديون ، فلا تعدو أن تكون أداة إثبات تضاف مرة ثانية إلى الإثبات المكتوب الناتج عن الكشف المفصل للحساب والمصاحب للدعائم الممغطة ، وهذا يعنى أنه ليس هناك محل للقول بنقل ملكية مقابل الوفاء إلى البنك الذى إليه تسلم الدعامة الممغطة ، فالكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغطة لا تسمح إذا إلى البنك وحده بتحقيق إلتمان حقيقى للخصم ، فهى تحصر موقفه فى دور وحيد هو التحصيل^(١٢٦) ، ولهذا فتصفية أموال البنك قبل القبض لا تهم البنك مسلم الكمبيالة .

على خلاف ذلك الكمبيالة الألكترونية الورقية والتي تعد كمبيالة حقيقية يمكن أن تسلم إلى البنك على سبيل التحصيل أو على سبيل الخصم .

المبحث الثانى

مدى خضوع الكمبيالة الألكترونية الممغنطة للعمليات التى تخضع لها الكمبيالة العادية

أولاً : عدم انطباق التظهير والضمان الاحتياطى والقبول على الكمبيالة الممغنطة :

٦٤ - من الجدير بالذكر أن الكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغنطة ويسبب عدم وجود صك مادى ملموس لا تخضع للتظهير الداقل للملكية ولا ينطبق عليها الضمان الاحتياطى بالمعنى المصرفى لهذه الكلمة ، كذلك لا تخضع للقبول من المسحوب عليه وفقاً للمادتين ١٢٤^(١٢٧) من قانون التجارة الفرنسى والمادة ٤٠٩^(١٢٨) من قانون التجارة المصرى ، أيضاً يجوز للمدين فى هذه الكمبيالة أن يتمسك فى مواجهة (الحامل) بكل الدفع الذى كان له أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن ، لأن التظهير للتوكيل لا يظهر الورقة من الدفع . كذلك لا يجوز فيها عمل الاحتجاج لعدم الوفاء أو عدم القبول لأنها تتضمن شرط الرجوع بلا مصاريف .

٦٥ - هكذا نلاحظ أن القسوة التى يتسم بها قانون الصرف بصدد الكمبيالة التقليدية مستبعدة^(١٢٩) بالنسبة للكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغنطة ، أيضاً مدد التقديم المتوقعة بالنسبة للكمبيالات التقليدية لا محل لتطبيقها بالنسبة للكمبيالة الألكترونية ، كذلك قواعد القانون التجارى المطبقة فى حالة عدم الوفاء ، فالمعارضة فى الوفاء ممكنة وفقاً لقواعد القانون العادية ، وليست محددة بحالات معينة كما هو الحال فى المعارضة فى وفاء الكمبيالات وفقاً للمادة ٤٣١^(١٣٠) من قانون التجارة المصرى والتى تقابل المادة ١٤٠^(١٣١) من التقنين التجارى الفرنسى .

ثانياً : إمكانية الوفاء الجزئى بالنسبة للكمبيالة الألكترونية الممغنطة :

٦٦ - على عكس المادة ٢٦٤/٢^(١٣٢) من قانون التجارة المصرى التى تنص على أنه ، لا يجوز لحامل الكمبيالة أن يتمتع عن قبول الوفاء الجزئى ، نجد أن المدين فى الكمبيالة

الألكترونية على دعامة ممغنطة لا يملك أن يجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئى ما لم يكن هناك إتفاق مخالف لذلك .

ثالثاً : فقد الدعامة الممغنطة وأثره على الكمبيالة الألكترونية :

٦٧ - إذا فقد البنك الدعامة الممغنطة المسجل عليها الكمبيالة الألكترونية لا يتوقع إمكانية استبدالها ، وإنما يجب على البنك اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها من المادة ٤٣٣ من قانون التجارة المصرى والتي تتعلق بفقدان الكمبيالة سواء كانت مقبولة أو غير مقبولة ، وهذه الإجراءات هى استصدار أمر من القاضى المختص بوقائها بشرط أن يثبت ملكيته لها وأن يقدم كفيلاً ، وذلك مع الأخذ فى الاعتبار مسئولية (١٣٣) البنك عن ضياع الكمبيالة بسبب خطأه . كما يتعين على البنك أن يخطر العميل الدائن الذى يخصه عمل الإخطار للحصول على الوفاء بديونه .

هكذا نلاحظ أن الكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغنطة لا تثير تطبيق قواعد القانون التجارى المصرفية ، وإنما يمكن أن تطبق عليها قواعد القانون المدنى العادية المتعلقة بالوكالة والحوالة ، كذلك قانون العقود والالتزامات .

رابعاً : المدة الواجب مراعاتها لحفظ الدعائم الممغنطة :

٦٨ - اختلف الفقه حول المدة الواجب مراعاتها لحفظ الدعائم الممغنطة والمسجل عليها الكمبيالات الإللكترونية إلى اتجاهين : الاتجاه الأول يرى وجود حفظ الدعائم الممغنطة لمدة ست سنوات (١٣٤) من تاريخ الإستحقاق ، أما الإتجاه الثانى فيرى وجوب حفظ الدعائم الممغنطة لمدة عشر سنوات (١٣٥) وهى مدة التقادم للالتزامات التجارية فى القانون الفرنسى (١٣٦) بين التجار أو بين التجار وغير التجار .

ونحن من جهتنا نميل إلى تطبيق الرأى الأخير وجعل مدة الإحتفاظ بالدعائم الممغنطة فى القانون المصرى (١٣٧) لمدة سبع سنوات وهى مدة تقادم الدعاوى الناشئة عن التزامات التجار قبل بعضهم البعض والمتعلقة بمعاملاتهم التجارية وذلك إعتباراً من تاريخ حلول ميعاد الوفاء بالكمبيالة .

المبحث الثالث

عيوب نظام الكمبيالة الإلكترونية والصعوبات التي يواجهها هذا النظام

أولاً : عيوب نظام الكمبيالة الإلكترونية على دعامة ممغنطة :

٦٩ - لا شك أن نظام الكمبيالة الإلكترونية على دعامة ممغنطة لا يخلو من كثير من العيوب خاصة عند مقارنته بالكمبيالة التقليدية ومن هذه العيوب ما يلي :

١- عجز هذه الكمبيالة عن أداء دور الكمبيالة التقليدية ، أو حتى دور الكمبيالة الإلكترونية على دعامة ورقية ، هذا الدور هو كونها أداة للإئتمان ، فالكمبيالة الإلكترونية الممغنطة ليست سوى أداة ملائمة للحصول^(١٣٨) وقبض الديون ، يتم إستخدامها بناء على مبادرة الدائن تاركاً للمدين الموافقة على الوفاء ومراقبة حصوله ، لكن هذه الكمبيالة لا يمكن أن تكون فى الوقت الحالى أداة إئتمان مضمونة بنقل ملكية^(١٣٩) مقابل الوفاء ، فهى غير قادرة على تحقيق إئتمان حقيقى للخصم بأن تنقل إلى البنك دين المستلم على المدين .

والبعض لا يقنع بهذا الدور المتواضع للكمبيالة الإلكترونية كأداة للحصول ، ويرى أنها يجب أن تكون أداة للإئتمان ، وذلك عندما يكون هناك إتفاق بين مسلم الكمبيالة والبنك على أن تكون الكمبيالة موضوعاً للخصم مصحوباً بنقل ملكية مقابل الوفاء للبنك ، وذلك يتم دون مراعاة قواعد الحوالة الواردة فى القانون المدنى ، وإنما بإتباع قواعد أبسط يضعها المشرع لتلائم الكمبيالة الإلكترونية الممغنطة وتستمد من القانون التجارى وقانون الصرف معا .

٧٠ - وهذا الحل يتحقق بالنظر إلى الدعامة الممغنطة فى ذاتها بإعتبارها ممثلة للديون المسجلة عليها ، وأنه بفضل تدوين بيانات عليها تفيد حصول خصمها وأن القيام بتحويلها يعنى حوالة الديون المسجلة عليها ، وإذا كان يعترف بذلك للكمبيالة والشيك ونقلها يعتبر نقلاً للدين فلماذا لا يعترف بذلك بالنسبة للدعامة الممغنطة^(١٤٠) للكمبيالة الإلكترونية ، المسألة تستحق على الأقل أن

تكون مطروحة على بساط البحث ، فالفقه الحديث أجاز من قبل قبول الدعائم الممغنطة كوسائل إثبات صالحة مثل الأوراق^(١٤١) ، بل أن القانون التجارى^(١٤٢) المصرى أجاز حديثا الصورة المصغرة (الميكرو فيلم) كوسيلة للإثبات تقوم مقام الأصل تماماً إذا تمت بخصوصها مراعاة الإجراءات التى يحددها وزير العدل .

٧١ - هكذا يمكن إجازة حوالة الديون التجارية عن طريق الكمبيالة الإلكترونية ، دون مراعاة قواعد القانون المدنى للحوالة ، ففى القانون التجارى يكفى إتفاق الطرفين لعمل الحوالة والإحتجاج بها ليس على المحيل فحسب ، بل للإحتجاج بها فى مواجهة الغير ، بل أيضاً فى مواجهة أمين التقيسة دون مراعاة شكليات القانون المدنى للحوالة . فينبغى إذا وضع قواعد تتسم بالمرونة تتفق مع نقل الديون عن طريق الكمبيالة الإلكترونية على دعامة ممغنطة . وقد سلك المشرع هذا السبيل بالنسبة لحالات مماثلة ، مثل تحويل الفواتير^(١٤٣) ونقل الديون إلى البنوك أو المؤسسات المصرفية بقواعد مرنة .

فالقاعدة الجديدة المقترحة بالنسبة للكمبيالة الإلكترونية من هذه الحالات وفى نفس الحدود فيمكن للمرء أن يتخيل أن حوالة الديون التى تصدر على كمبيالات الكترونية ذات دعامة ممغنطة تكون منظمة بالاعتماد على بيان الحساب Bordereau المستند الوحيد الورقى الذى يصاحب نقل هذه الكمبيالات الممغنطة ، والذى يعتبر بمثابة كشف حساب يمثل الدين ، وهذه هى الفكرة التى يعتقد المرء^(١٤٤) فى ملائمتها ، وهو ما يؤيد دور الأوراق فى نقل الديون ، فتسليم بيان الحساب الموقع بواسطة المستلم يرجح حوالة الديون المسجلة على الكمبيالة الإلكترونية ، والحوالة التى تتم بهذه الطريقة يحتج بها على الغير دون مراعاة أى شكلية أخرى .

٧٢ - أيضاً عيوب الكمبيالة الإلكترونية على دعامة ممغنطة هى ضرورة وضع توقيع على الدعامة الممغنطة والاعتراف بصحة هذا التوقيع ، وذلك وفقاً للمادتين ١١٠/٨^(١٤٥) من القانون الفرنسى و ٣٧٩/ح^(١٤٦) من القانون التجارى المصرى ، حقاً أن النصين السابقين لم ينصا صراحة على ضرورة صدور الكمبيالة على صك ورقى ولكنها متفقان على لزوم التوقيع وضرورته لصحة الكمبيالة ، حتى بالرغم من أن المشرع الفرنسى أجاز منذ تشريع ١٦ يونية سنة ١٩٦٦ حصول التوقيع بوسائل غير مكتوبة ، هذا فضلاً عن أن المصرف^(١٤٧) تخلى بصدد الكمبيالة الإلكترونية عن الضمانات التقليدية لقانون الصرف .

هكذا نلاحظ أن الكمبيوترية الإلكترونية في الوضع الحالي للقانون الفرنسي لا تكن سوى أداة للتحصيل ، والإثبات بواسطة كل وسائل المادة ١٠٩ (١٤٨) تجارى فرنسى بعد تعديلها عام ١٩٨٠ لا يكف للتمسك بها .

فالدعامة المغنطة لا يمكن أن تقدم دعماً قانونياً كافياً سواء لنقل مقابل الوفاء ، سواء لنقل الدين المصرفى ، فلا توجد أى قاعدة صرفية تقليدية يمكن أن تدعم هذا الوضع ، والكمبيوترية الإلكترونية المستخدمة كوكالة فى التحصيل يمكن دون شك أن تعطى مكاناً إلى قروض تحت التحصيل ، ولكن أى مقاصة لا يمكن أن تتم فى حالة تصفية الأموال والتسوية القضائية بين مبلغ هذا القرض والمبلغ المحصل بعد الحكم الكاشف بالإفلاس .

٧٣ - هكذا نلاحظ أنه إذا كانت عيوب الكمبيوترية الإلكترونية على دعامة مغنطة تتلخص أساساً فى عدم قدرتها على توفير الائتمان من ناحية ، وفى صعوبة التوقيع عليها من ناحية أخرى ، فإنه من المتوقع أن يحدث فى المستقبل القريب تيسيرات ملحوظة وقابلة للتحقيق تفيد فى استخدام هذه الكمبيوترية ، فالملاحظ أن عمليات كتابة الفواتير ونقل الديون تتم عن طريق الحاسب الآلى ، كما أن الحوالة بين البنوك سوف تتركز على محور وطنى هو الحاسب الآلى للمقاصة للبنك المركزى ، هذا النظام سوف يعتمد ويرتبط بنظام أساسى للمعلومات ، ولكن هذا النظام يعيبه أنه يواجه بعض المخاطر ، مثل حصول الإضراب ، كما أنه لا يلائم سوى المشروعات والبنوك الكبرى المزودة بالحاسب الآلى ، ولا يتلائم جيداً مع المشروعات حال مرورها بظروف إقتصادية صعبة (١٤٩) .

ثانياً : الصعوبات التى تواجه نظام الكمبيوترية الإلكترونية المغنطة ومواجهتها (١٥٠) :

٧٤ - ١ - هذا النظام يحتاج إلى تدخل كبير من القانونيين المؤهلين ، كذلك توافق كبير بين قانون الإثبات والمعطيات التقنية للمعلومات ، الأمر الذى يعلى ضرورة تعديل قوانين الإثبات وقوانين الصرف سواء فى فرنسا أو فى مصر بما يتلائم مع تبلى نظام الكمبيوترية الإلكترونية ، ومع التوسع فى استخدام الحاسب الآلى ونظم المعلومات فى نقل الديون ووفائها .

٢ - الأخذ بهذا النظام يستلزم الدقة الصارمة والأمانة المطلقة للمستندات سواء فى المعلومات أو الاتصالات .

٣ - يحول دون الأخذ بهذا النظام إفتقار كثير من البدوك والمشروعات خاصة فى الدول النامية لنظم المعلومات الحديثة (الحاسب الآلى) فينبغى إذا تعميم نظم المعلومات الآلية فى هذه المؤسسات وذلك لإمكانية تبنى هذا النظام والتوسع فى تطبيقه .

٧٥ - ٤ - عدم ملائمة قواعد قانون الصرف الحالية لتطبيق نظام الكمبيوترية الأمر الذى يقتضى وجوب وضع تنظيم قانونى حديث يتفق وإستخدام الحاسب الآلى سواء فى تداول الكمبيوترات أو الوفاء بها .

٥ - هذا التنظيم يجب أن يتخلى عن ضرورة نقل^(١٥١) الكمبيوترية من يد إلى يد لتحصيل قيمتها ، أو لا يستلزم إستلامها من المسحوب عليه عند وفائها ، كذلك النصوص المتعلقة بتظهير الكمبيوترية وقبولها وضمانها احتياطيا ، أيضاً المتعلقة بالرجوع والتدخل تعتبر بصورتها الحالية عقبة أمام نظام الكمبيوترية الألكترونية ، فيجب تعديلها أو قصر^(١٥٢) تطبيقها على الكمبيوترات التقليدية التى تنظم العلاقات الفردية .

الخاتمة

٧٦ - نخلص مما سبق إلى أن الكمبيوترية الإلكترونية ما هي إلا نموذج جديد من نماذج الكمبيوترية العادية ، وقد ابتكر العمل المصرفي هذا النموذج دون تدخل من المشرع بغية تفادي المشاكل الناشئة عن استخدام الكمبيوترية التقليدية ، وهذه المشاكل تمثلت أساساً في التكاليف الباهظة الناشئة عن استخدام الورق في إنشاء الكمبيوترية ، وفي الوقت والجهد الضائعين من العاملين في سبيل تسوية العمليات الناشئة عنها ، ولكن التطبيق العملي للكمبيوترية الإلكترونية كشف عن بعض الصعوبات التي تعترض نجاح هذه الكمبيوترية وانتشارها في الحياة العملية ، سواء بسبب عجزها عن أداء بعض وظائف الكمبيوترية التقليدية كوظيفة منح الائتمان ، إذ أنها خاصة في النموذج المغنط لم تستطع القيام بهذه الوظيفة ، سواء بسبب عدم قدرتها على نقل ملكية مقابل الوفاء ، فاقصر دورها على أن تكون أداة لحصيل الديون أو وفقاً لرأى الفقه وكالة في تحصيل الديون ، سواء بسبب عدم خضوعها للقبول أما بسبب طبيعتها أو بسبب رفض المسحوب عليهم الوفاء بالكمبيالات غير المقبولة ، ولا يمكن تظهيرها تظهيراً ناقلاً للملكية لما يصاحب ذلك من احتمال وفائها أكثر من مرة ، كذلك لا تخضع للضمان الإحتياطي والتدخل خلافاً للكمبيوترية العادية .

٧٧ - هذا فضلاً عن أن استخدام هذه الكمبيوترية كشف ضعفاً قانونياً آخر ، هذا الضعف تمثل في كيفية إثبات وفائها كلياً أو جزئياً ، وتعارض ذلك مع أحكام قانون الصرف التي تستلزم إستلام المسحوب عليه الكمبيوترية مؤشراً عليها بالوفاء الكلى أو الجزئى الأمر الذى يستحيل تطبيقه مع هذه الكمبيوترية بسبب صدورها على دعامة ممغنطة أو ديسكت ، أضف إلى ذلك ضرورة التوقيع على الكمبيوترية الممغنطة بأسلوب آخر يتفق مع طبيعتها ويختلف عن التوقيع المعتاد على الكمبيوترية العادية ، ومدى صحة هذا التوقيع وقبوله كبيان ملزم لصحة الكمبيوترية ، يضاف إلى ذلك بعض الصعوبات العملية الأخرى التي تتمثل في أن تطبيق نظام الكمبيوترية الإلكترونية يحتاج إلى تعميم النظم الحديثة للمعلومات وتطبيق نظام الحاسب الآلى فى البنوك والمؤسسات التي تأخذ بهذا النظام ، هذا فضلاً عن إرتباطها بالحاسب الآلى للمقاصة على مستوى الدولة ، أو على الأقل على مستوى المحافظة ، الأمر الذى يتعذر تحقيقه فى الوقت الحالى فى كثير من الدول التي لم تأخذ

بعد بالأساليب الآلية للمعلومات ، ومن هذه الدول كثير من الدول النامية ، ففي مصر مثلاً كثير من بنوك القطاع العام تجهل نظام الكمبيالة الإلكترونية ولا تطبقه .

٧٨ - يضاف إلى ذلك الصفة الاختيارية لتطبيق هذا النظام ، والتي تحد كثيراً من نطاق تطبيقه ، الأمر الذى يحتاج إلى تدخل المشرع لتشجيع تطبيقه وتعميمه بقدر المستطاع ، وذلك لما يحققه تطبيق نظام الكمبيالة الإلكترونية من مزايا إقتصادية سواء فى الإقتصاد فى تكاليف إنشاء الكمبيالات أو فى توفير الوقت والجهد المبذول فى تسوية العمليات الناشئة عنها ، وقد سلك المشرع الفرنسى هذا المسلك واتخذ بعض الخطوات فى سبيل تشجيع استخدام الكمبيالة الإلكترونية وذلك على صعيد الأشغال العامة والصفقات العامة ، فالوقت والجهد اللذان يمكن توفيرهما من تطبيق هذا النظام يمكن للبنوك الإستفادة بهما فى زيادة خدماتها المصرفية الأخرى وتطويرها .

٧٩ - أيضاً نجاح هذا النظام يتطلب فضلاً عما سبق إجراء بعض الإصلاحات التشريعية أهمها تطوير قانون الصرف بحيث يتضمن أحكاماً جديدة تلائم نظام الكمبيالة الإلكترونية وتزيد من فاعليته ، أيضاً تعديل قوانين الإثبات وتطوير أحكامها بحيث يكتفى فى إثبات وفاء الكمبيالة الإلكترونية بإشعارات الوفاء الصادرة من البنوك وكشوف حساباتها دون لزوم إستلام الكمبيالة مؤشراً عليها بالتخالف عند الوفاء .

كذلك الإعراف بصحة التوقيع الرقعى على الدعامات الممغنطة فى الإثبات وإعطاؤه حجية إثبات التوقيع العادى على المحررات ، فمثل هذه التعديلات من شأنها إضفاء الثقة على الكمبيالة الإلكترونية الممغنطة ، الأمر الذى يمكنها من أن تكون أداة حقيقية وملزمة للوفاء والائتمان ، وليست مجرد وسيلة لتحصيل الديون يتوقف إستخدامها على إختيار أطرافها وقبولهم إستخدامها .

٨٠ - هكذا نرى فى النهاية أنه ينبغى وضع التشريعات الضرورية التى تلائم ثورة المعلومات التى نعيشها اليوم ، فيجب وضع نصوص تتصف بالتبسيط والتجديد وتقوم على دعم دور الحاسب الآلى وحياده ، ويستبعد من القوانين الحالية كل ما هو غير مفيد وغير قابل للتطبيق آملين من وراء ذلك أن يأتى اليوم الذى يقل فيه استخدام النقود التقليدية وما تنكفه من نفقات باهظة وتحل محلها النقود وأدوات الدفع الإلكترونية ، وقد لاحظنا ذلك فى إنتشار بطاقات الائتمان وحلولها فى التعامل محل النقود العادية ، فقد يأتى اليوم الذى تحل فيه الأوراق التجارية الإلكترونية وعلى رأسها الكمبيالة الممغنطة (الكمبيالة الإلكترونية بالمعنى الدقيق) محل الكمبيالة الورقية العادية التى تصبح أثرًا من آثار الماضى .

هوامش

(١) يقصد بالأوراق التجارية Les effets de commerce المحررات الشكلية التي تتطلب لصحتها عدة بيانات حددها القانون تمثل مبلغاً من النقود واجب الدفع في تاريخ معين أو قابل للتعيين ، قابلة للتداول بالطرق التجارية ويمكن تحويلها فوراً إلى نقود بخصمها لدى البنوك واستخدامها كأداة لتسوية الديون . والأوراق التجارية المعروفة في القانون المصري هي الكمبيالة والسند لأمر والشيك - راجع مؤلفنا في القانون التجارى الطبعة الثانية عام ٢٠٠١/٢٠٠١ بند رقم ٩٢ .

(٢) د. أمين بدر (الأوراق التجارية فى التشريع المصرى) الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ ، بند ٤ .

(3) René ROBLOT, les effets de commerce, éd. sirey 1975 no. 314 Gavalda et stoufflet, Droit du credit T. II no 4' R. DE ROOVER, l'évolution de la lettre de change, 1953; le GOFF . Marchands et banquiers du moyen age Que sais je 1972 .

(4) V. Huvelin; Travaux sur l'histoire de la lettre de change 1901.

(5) Réne ROBLOT op . cit. n° . 15 .

(٦) وهى مأخوذة من كلمة Cambiale الإيطالية وتؤدى أيضاً فى اللغة الإيطالية معنى السند الأذنى ، وباللغة الفرنسية lettre de change ويطلق عليها فى دوائر التجارة Traite ويطلق عليها باللغة الإنجليزية bill of change .

(٧) Change tiré وهو مقايضة ديون حاضرة بديون غائبة أو آجلة ، راجع د. أمين بدر الأوراق التجارية فى التشريع المصرى ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ ، بند ٢٢ .

(8) Ripert et Roblot, traité, elementaire de Droit commercial, 8 éd . 1976 no 1916-1920 .

(٩) د . محمد صالح ، الأوراق التجارية وأعمال ، البنوك والإفلاس الجزء الثانى ص ١٥ ، د . أمين بدر ، نفس المرجع ، بند ٢٤ ، أستاذنا الدكتور . محسن شقيق العقود والأوراق التجارية والإفلاس بند ٢٣٤ (ا لوسيط فى القانون التجارى المصرى ، الجزء الثانى ، طبعة ١٩٥٧) ، Ripert et Roblot op-cit. no 1919 ،

(١٠) أول أثر للتظهير ظهر سنة ١٦٠٠ ببابولى إذ ورد ذكره فى أحد قوانينها Pragmatique حيث كان لا يجوز تظهير الكمبيالة إلا مرة واحدة ، ثم أخذ التجار بعد ذلك فى التظهير أكثر من مرة ، وهو ما مكن التجار من تداول الكمبيالة دون حاجة إلى الإلتجاء إلى البنوك وبذلك تمكنوا من تسوية ديونهم دون تدخل الصيرفة ، ثم صدر الأمر

الملكي الفرنسي سنة ١٦٧٣ وأجاز تظهير الكمبيالة أكثر من مرة ولم يشترط أن يكون وصول القيمة نقود بل يمكن أن تكون بضاعة وقد وردت هذه التعديلات في تقنين التجارة الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٧ .

(11) L'ordonnance de 1673 sur le commerce de terre comprend 43 articles consacrés à la lettre de change et au billet de change, v. Gavalda et stoufflet op. cit. n° 5.

(١٢) عالج التقنين الملغى الكمبيالة في المواد من ١٠٥ إلى ١٨٨ أى في ٨٤ مادة .

(١٣) د . على سيد قاسم ، قانون الأعمال ، الجزء الثالث (وسائل الائتمان التجارى وأدوات الدفع فى القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩٩ ، ص ٢٦ ، بند ٢٧ .

(١٤) بينما بلغ عدد الكمبيالات التى أنشئت فى فرنسا عام ١٩٧٤ مائتين وخمسين مليون كمبيالة فإن عدد الكمبيالات الألكترونية بلغ فى هذا التاريخ مليون فقط الأمر الذى يدل على ضآلة حجم الكمبيالة الألكترونية بالنسبة إلى حجم الكمبيالة العادية التقليدية فى هذا التاريخ .

V.Ripert et Roblot op. cit. no. 1920 .

(15) C. M.C.C. Le credit de mobilisation des créances commerciales.

(16) Ripert et Roblot, op. cit. no. 1920 .

(17) Jean- Louis Rives -lange et monique contamaine -Raynaud, Droit bancaire 60 éd Paris dalloz no. 330 p 326 .

(18) V.R. JACQUELINE' la lettre de change relevé, Banque 1972, p. 15- 19 .

(19) V.R. JACQUELINE, p. 16.

(20) La lettre de change-relevé (L.C.R.) Banque 1971, p. 63 - 67 surtout p. 63. sans signature.

(21) Gavalda et Stoufflet op. cit n°. 134 et s .

(22) Jacques VANRENTERGHEM, l'ordinateur De compensation, Banque 1974 p. 284 - 286 .

(23) V. Blanche SOUSI-ROUBI, Lamobilisation des créances ou l'informatique, le droit et le papier, Gazette de palais 1982 , p. 263.

(24) V. Rives lange et Monique Raynand op. cit. n°. 330; Gavalda et stoufflet op. cit. n°. 134; Jacques VANRENTERGHEM, op-cit. p . 285- Ripert et Roblot op. cit n° 1920 .

- (٢٥) راجع مؤلفنا فى القانون التجارى ، الطبعة الثانية ٢٠٠٠/٢٠٠١ ، بند ٩٢ وما بعده .
- (٢٦) تنص المادة ٣٧٩ من قانون التجارة الحالى على البيانات الإلزامية التى يجب أن تتضمنها الكمبيالة حتى تستوفى شكلها القانونى كورقة تجارية وهى :
- (أ) كلمة كمبيالة مكتوبة فى متن الصك وباللغة التى كتب بها .
 - (ب) أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود .
 - (ج) إسم من يلزمه الوفاء (المسحوب عليه) .
 - (د) ميعاد الإستحقاق .
 - (هـ) مكان الوفاء .
 - (و) إسم من يجب الوفاء له أو لأمره (المستفيد) .
 - (ز) تاريخ ومكان إصدار الكمبيالة .
 - (ح) توقيع من أصدر الكمبيالة (الساحب) على نحو مقرر .
- (٢٧) من الجدير بالذكر أن قانون التجارة الحالى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ يجيز إصدار الكمبيالة رغم وجود شخصين فقط وذلك إذا جمع شخص واحد صفتين فى آن واحد كالجمع بين صفة الساحب والمستفيد فى شخص واحد أو الجمع بين صفة الساحب والمسحوب عليه فى شخص واحد وأن كان وصف الكمبيالة فى هذين الفرعين محل خلاف فقهي وعلى ذلك تنص المادة ٣٨١ بقولها :
- ١ - يجوز سحب الكمبيالة لأمر الساحب نفسه .
 - ٢ - يجوز سحبها على الساحب .
 - ٣ - يجوز سحبها لحساب شخص آخر .
- (٢٨) د . محسن شفيق ، بند ٦٢ ، د . مصطفى كمال طه ، بند ٤٩ ، د . محمد حسنى عباس ، القانون التجارى ، الكتاب الأول ، بند ١٠٧ ، د . على جمال الدين ، الوجيز ، جزء (٢) ، بند ٤٧ .
- (٢٩) - د . محسن شفيق ، بند ٦٢ .
- (٣٠) المشرع الفرنسى يتبنى الصفة التجارية المطلقة للكمبيالة فالمادة ٦٣٢ من التقنين التجارى الفرنسى تنص على أن: " La loi répute acte de commerce : entre toutes personnes les lettre e change "
- (٣١) راجع د . سمىة القليوبى - الأوراق التجارية سنة ١٩٩٩ بند رقم (٣) .
- د . على سيد قاسم (قانون الأعمال الجزء الثالث ، وسائل الإئتمان وأدوات الدفع وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بند ٢٥ ، د . عماد الشربيني ، القانون التجارى الجديد لسنة ١٩٩٩ ص ١٧٩ ، أيضاً د . نادية محمد معروض ، القانون التجارى وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ص ٦٣ .

(٣٢) أستاذنا الدكتور على جمال الدين عوض ، الشيك في قانون التجارة ، طبعة ١٩٩٨ ، بند ١٨ ، د . مختار بربري قانون المعاملات التجارية بند ٢٢٨ .

(٣٣) تنص المادة الثامنة من قانون التجارة الحالي على أن :

١ - الأعمال التي يقوم بها التاجر لشلون تتعلق بتجارته تعد أعمالاً تجارية .

٢ - كان عمل يقوم به التاجر يعد متعلقاً بتجارته مالم يثبت غير ذلك .

(٣٤) على عكس ذلك المشرع الفرللى نص صراحة على تجارية الكمبيوتر أيا كان أولو الشأن فيها وذلك فى المادة ٦٣٢ المخصصة لسرد الأعمال التجارية .

(35) V.R. JACQUELINE, (la L.C.R.) op. cit p. 15 - 19 .

(36) Gavalda et staufflet op. cit . n° 135 .

(37) L'art 110 du code de com. Fr. dispose à ce propos que : la lettre de change contient :

- 1 - La dénomination de lettre de change insérée dans le texte même du titre et exprimée dans la langue employée pour la rédaction de ce titre.
- 2 - Le mandat pur et simple de payer une somme déterminée .
- 3 - Le nom de celui qui doit payer (tiré)
- 4 - L'indication de l'oeheane.
- 5 - Celle du lieu où le payement doit s'effectuer.
- 6 - Le nom de celui auquel ou à l'ordre duquel le payement doit être fait .
- 7 - L'indication de la date et du lieu où la lettre est créé.
- 8 - La signature de celui qui émet la lettre (tireur) (L. n° 66- 380 du 16 juin 1966) "cette signature est apposée, soit à la main, soit pour tout Prscédé non manuscrit ".

(38) V.R. JACQUELINE, op. cit. p. 15 .

(39) C.E.T.N.B : Banque 1974 p. 551, note d'information Banque de France n° 57 .

(40) Alain CHOLET, le service informatique est-il réservé aux banques les plus importantes. Banque 1975, 726 - 730 .

(41) Michel vasseur , la lettre de change relevé " De l'influence de l'informa-

tique sur le Droit" éd sirey 1976 n° 5. p. 12 et v. le même auteur Rev. trim
De Droit commercial 1975 p. 203 et suiv.

(٤٢) الكمبيوترية الإلكترونية الورقية يجب أن تحفظ بواسطة بنك الساحب على الأقل طوال فترة التقادم المنصوص عليها قانوناً حتى يستطيع البنك عن طريقها ممارسة الرجوع المقترح بإسم صاحب الحق في هذه الكمبيوترية راجع المادة ١٨٩ Bis من القانون التجاري الفرنسي والمعدلة بقانون ٣ يناير سنة ١٩٧٧ . وكذلك المادة ٦٨ من قانون التجارة المصري الخاصة بتقادم الالتزامات التجارية .

(43) L'art - 110 de code de com. Français .

(٤٤) المادة ٣٧٩ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

(45) Code banque .

(46) Numero de compte .

(47) Code guichet .

(48) V. Blanche SOUSI - ROUBI op cit. p. 264 .

(49) C'est la raison pour laquelle il ne peut être question de billet à ordre, bande magnétique, car l'usage du billet à ordre impose la création d'un support papier, V. Michel vasseur . la lettre de change relevé op. cit. n° 36 .

(50) Gavalda et Stoufflet op. cit . n° 134 .

(٥١) من الجدير بالذكر أن حجم الكمبيوترات الإلكترونية مازال متواضعاً بالنسبة للكمبيوترات التي تصدر في فرنسا على وجه العموم ، فهو يصل إلى أربعين مليون فرنك بالنسبة لمبلغ الكمبيوترات الصادر في فرنسا على وجه العموم ، فهو يصل إلى أربعين مليون فرنك بالنسبة لمبلغ الكمبيوترات الصادرة في فرنسا وهو ٧٧٤ مليون فرنك يعنى حوالي ١٦ ٪ (ترجع هذه الإحصائية إلى عام ١٩٨٥ ومن المحتمل أن تكون قد تغيرت الآن في صالح الكمبيوترية الإلكترونية بعد صدور بعض التشريعات المشجعة لإستخدامها في مجالات الأشغال العامة منذ عام ١٩٨٨) (note d'information de la banque de France n° 69) كذلك يلاحظ تزايد إستخدام الكمبيوترية الإلكترونية من عام إلى آخر فهي مثلاً كانت في عام ١٩٧٨ تشكل ٧,٧ ٪ وقد أصبحت في عام ١٩٨٢ (٢٢,٨٥ ٪) مما يدل على أن إستخدام هذه الكمبيوترية في تزايد مستمر راجع Dominique BARTHARÈS, évolution du système

LCR. Banque 1983 p. 993 et 994 .

(52) Ripert et Roblot op. cit. t II n°. 1920.

(53) Gavalda et stoufflet, op. cit . n°. 134.

(٥٤) هذه النصوص أشرت لصفة الكمبيوترية توافر بيانات إلزامية معينة دون أن تشترط صدورها على صك مصلوع من الورق مما يعطى أنه لا مانع من إتخاذ الصك أى شكل آخر غير الورق كما لو كان على شريحة مغنطة يمكن قراءتها وكتابتها بالوسائل الألكترونية الحديثة كالحاسب الآلى ، المهم أن تتوافر فيها خصائص الورقة التجارية كالكفاية الذاتية وبياناتها الألزامية ، من أنصار هذا الرأى زميلنا الدكتور على سيد قاسم ، نفس المراجع ، بند ٦ .

(55) V.R. JAQUELINE, op . cit . p . 15 .

(56) Le Brochures de l'A.F.B, 1971, 1977 .

(57) Michel vasseur, op. cit . p. 23 .

(58) D. 7 Dec . 1987 , instr. 23 Dec. 1987 (J. O. 21 Dec. 1987) inst, aux comptables du tresor du 20 janv . 1988 .

(59) V. J.HUGON "une petite revolution :le paiement des marchés publics par L.C.R., Rev . Dr. bancaire 1988 - 84 .

(٦٠) كذلك (Décret no 95 - 439, 20 avril 1995 co toxté viso à renforcer la valeur de la . L. C. R comme instrument de paiement de marchés publics. V. Rev . trim . de Dr. com. 1995 p .626 .

(61) V. Blanche SOUSI - ROUBI, la mobilisation des creances ou l'informatique, le droit et le papier, Gaz. pal. 13 mai 1982 p. 263 - et s .

(62) 27 f. Fr. + T.V.A pour la lettre de change Classique;13, 50 f. frt la lettre de change relevé sous Forme de support Papier et 2, 454 T.V.A Pour la lettre de change relevé sur Support magnetique, V. Rives lange et Raynaud op. cit . n° 332 .

(63) Vasseur op. cit . n° . 8 .

(64) La lettre de change relevé magnetique .

الكمبيالة الألكترونية على دعامة مغنطة .

(65) V.ACHOLET, le service informatique est il reservé aux banques les plus importantes ? V. Banque 1975 p. 726 .

(66) La banque de Franco, on sa qualité de gestionnaire de l'ordinateur de compensation, a accepté d'assurer le traitement des operations concernant les établissements dont l'activité est trop faible pour qu'ils puissent avoir la qualité de sous - participots, v. M. vasseur op - cit n°. 9 . p . 20 .

(67) V.R. JACQUELINE, la L. C.R. OP-Cit Banque 1972 . p.19.

(68) Michel Vasseur, op -cit. n°. 9.

(69) La creation en mai 1973, de la society for worldwide interbank financial tele communication (SWIFT) ENTRE 329 banques de 15 pays en vue de l'accélération des transferts internationaux montre la voie. V. Banque 1974 p. 288 et 404; M. de HALGOUET, reseaux Financiers commutation et diffusion d'information Banque 1973, p. 657; F. DENT Z, la banque et l'utilisation du système swift, banque no. spec. avril 1975. p. 43 .

(٧٠) سبق الإشارة إلى هذه البيانات بند رقم (١٦) .

(٧١) سبق الإشارة إلى هذه البيانات ، بند رقم (٨) .

(72) V. Dominique PARTHARE'S, evolution du système LCR op. cit. p 994 .

(٧٣) راجع المراء المنظمة للكمبيالة في القانونين الفرنسي (م ١١٠ وما بعدها) والمصري المادة ٣٧٩ وما بعدها .

(74) D- BARTHARE'S , evolution du système LCR. Banque 1983, 993

(75) CETNB : Banque 1974, 551 note d'information banque de France n°. 57 .

(76) Michel vasseur op, cit. n°. 14 .

(77) Gavalda et Stoufflet op, cit. n°. 134 .

(78) VASSEUR et MARIN , les comptes en banque 1966 n°. 236.

(79) Lescot et Roblot, effets de commerce. t. I n° 341 infine - Roblot, effets de commerce, 1975 n°. 300 .

(80) Vasseur - op-cit . p. 33 - 34.

(81) V. l'article n°. 147 de code de com. fr .

راجع أيضاً المادة التي تغايلها في قانون التجارة المصري رقم ٤٣٨ والتي تنص في هذا الصدد على أن :

١ - لحامل الكمبيالة عند عدم وفائها في ميعاد الإستحقاق الرجوع على المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين بها .

٢ - ويجوز للحامل الرجوع قبل ميعاد الإستحقاق في الأحوال الآتية :

(أ) الإمتناع الكلى أو الجزئى عن القبول .

(ب) إفلاس المسحوب عليه قبالاً كان للكمبيالة أو غير قابل ، أو توقفه عن الدفع ولو لم يثبت بحكم ، أو الحجز

على أمواله حجزاً غير مجد .

(ج) إفلاس صاحب الكمبيالة المشروط فيها عدم تقديمها للقبول .

(82) M. Vasseur op - cit. p. 32 .

(83) Gavalda et Stoufflet op - cit. n°. 135.

(84) L'article 130 de code de commerce français dispose à ce propos. que' Le paiement d'une lettre de change peut être garanti pour tout ou partie de son montant par un aval " cette garantie est fournie par un tiers ou même par un signataire de la lettre " .

(٨٥) تلص المادة ١٨٤ من قانون التجارة المصري على أنه :

١ - يجوز ضمان وفاء مبلغ الكمبيالة كله أو بعضه من ضمان احتياطي .

٢ - ويكون هذا الضمان من أى شخص ولو كان ممن وقعوا الكمبيالة .

(86) Michel vasseur op -cit n°. 18 .

(87) Gavalda et Stoufflet op-cit. n°. 135 .

(88) Ripert et Roblot op-cit t. II. n°. 2012.

(89) Gavalda et Stoufflet op-cit. n°.136 .

(90) Vasseur op-cit. no. 19 .

(91) Gavalda et Stoufflet op-ci . n°. 136.

(92) Vasseur op-cit. p 37.

(93) Rives langeet M. Raynand op. cit. n°. 331.

(94) Les difficultés de paiement sont en fait exceptionnelles' la gestion de la banque doit être établie en fonction de l'hypothèse normale et non pas en fonction des difficultés qui surgissent exceptionnellement, v. Rives lange op . cit . p . 327.

(95) V.Vasseur op-cit no. 23.

(٩٦) أنشئ الحاسب الآلى فى فرنسا فى أول يوليو عام ١٩٦٩ وهو يعد المركز الوطنى للتداول والمقاصة

v. Jacques VANRENTERGHEM, l'ordinateur de compensation, Banque 1974 p. 248 et s.

(97) Gavalda et Stoufflet op-cit. no 137.

(98) L'article 135 de Dr.com. fr. qui dispose que "la presentation d'une lettre de change à une change à une chambre de compensation équivaut à une presentation au paiement, v. aussi Guyee xuanchanh, Rev. Jurisprud . com. 1980 - 253' vasseur no. 23.

ويقابل نص المادة ١٣٥ فى القانون الفرنسى نص المادة ٢/٤٢٦ من قانون التجارة المصرى التى تنص فى هذا الصدد على أنه ، يعتبر تقديم الكمبيالة إلى إحدى غرف المقاصة المعترف بها قانوناً فى حكم تقديمها للوفاء ، .

(99) Ripert et Roblot op. cit no. 1920 .

(100) Dominique BARTHARE'S op-cit, p. 994 .

(101) Gavalda et Stoufflet op-cit. no. 137 .

(102) H. CABRILLAC, not J.C.P. 1956 - I - 9134 .

(301) Code civil Français art. no . 1251.

(104) L'art. 136 de code de com. Fr. dispose à ce propos que " le tiré peut exiger, en payant la lettre de change, qu'elle lui soit remise acquittée par le porteur "

يقابل هذا النص فى قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ المادة ١/٤٢٧ التى تنص على أنه ، إذا أوفى المسحوب عليه الكمبيالة جاز له إستردادها من حاملها موقعاً عليها بما يفيد الوفاء .

وقارن أيضاً بالنسبة للشيك PERCEROU ET BOUTERON فهما يريان أنه فى حالة عدم وجود مخالصة من المسحوب عليه يمكنه إثبات وفاءه للدين بالوسائل الملائمة لطبيعة الدين . راجع التشريع الجديد للشيك . II ، ١٩٥١ ، ص ٨٥ .

(105) L'art, 136 al. 3 du cod de com. fr. dis pose que " en casde payment partiel, letiré peut exiger que mention de ce paiement soit faite sur la lettre et que quittance lui en soit donné.

(١٠٦) تنص المادة ٣/٤٢٧ من قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن ، إذا كان الوفاء جزئياً جاز للمسحوب عليه أن يطلب إثباته على الكمبيالة وإعطاؤه مخالصة به ، .

(107) Gavalda et Stoufflet op-cit no. 137 .

(108) Michel vasseur op-cit no. 26 . p . 55.

(109) V. Dominique BARTHARE'S, evolution du système L.C.R., Banque, 1983, 993 ets .

(110) Rives lange et Raynaud op-cit . n^o. 333.

(111) Rives lange et M. Raynaud op-cit. n^o . 333.

(112) Michel Vasseur op-cit . n^o25.

(113) V.à propos des livres de commerce, GORE et DUPOUY comptabilité générale de l'entreprise 1975, n^o.504.

(١١٤) يلزم القانون التجارى المصرى الحالى فى المادة ٢/٢٦ التجار بحفظ صور المراسلات والبرقيات وغيرها مدة خمس سنوات من تاريخ إرسالها أو تسلمها . ويجوز للتجار الاحتفاظ للمدة المذكورة بالصورة المصغرة (ميكرو فيلم) بدلاً من الأصل ، ويكون لتلك الصور حجية الأصل فى الأثبات إذا روى فى إعدادها وحفظها وإسترجاعها القواعد والضوابط التى يصدر بها قرار من وزير العدل .

(115) M. Vasseur op-cit no. 26 p. 55.

(116) La lettre de change relevé, Banque , numéro speciale mars 1972, p. 15; Rodière et Rives lange, Droit bancaire précis Dalloz 1980 no 19 4 et s., l'ordonateur de compensation Banque 1974, 284' Vasseur, la lettre de change relevé. trim. dr. com. 1975, 203 et s., la lettre de change relevé, De l'influence de l'informatique sur le droit, slrey 1976 .

(117) V. Blanche sous-Boubi op-cit. p. 264.

(118) 13, 50 f. Fr + T.V.A pour la lettre de change relevé sous forme de support papier et 2, 45 + T. V.A. pour la lettre de change relevé sur support magmetique .

(119) M. Vasseur - op-cit. no. 36.

(120) Gavalda et Stoufflet op-cit. no. 138.

(121) Ripert et Roblot op-cit. t. II no 1920.

(122) Michel Vasseur op-cit. no. 36 p. 77.

(123) Rives lange et Raynaud op-cit. 330 .

(124) La cour de cassation l'a qualifiée "d'effet bancaire" aux termes de l'art . 43 du D. du 30 juin 1959 qui dispase que : le debiteur est libéré de sa dette à l'égard 3d de l'URSSAF .s'il a remis avant la date limité, un chèque, un effet bancaire ou postal a vu dûment provisionné (com. 30 mai 1985 Bull. 1985 IV no 172, D. 1986 I.R. 329) .

(125) Hamel, Banques t. II 1943 - 902.

(126) Michel Vasseur op-cit no. 39 .

(127) L'art. 124 dispose que " la lettre de change peut être, jusqu'à l'échéance, présentée à l'acceptation du tiré au lieu de son domicile, par le porteur ou même par un simple détenteur ".

(١٢٨) المادة ٤٠٩ من قانون التجارة المصري تنص على أنه : يجوز لحامل الكمبيالة ولكن حائز لها حتى ميعاد الإستحقاق تقديمها إلى المسحوب عليه في موطنه لقبولها ، .

(129) M - Vasseur op-cit . no. 37 .

(١٣٠) تنص المادة ٤٣١ من قانون التجارة المصري على أنه لا يقبل الإعتراض على وفاء الكمبيالة إلا في حالة ضياعها أو إفلاس حاملها أو الحجر عليه .

(131) L'article 140 de code de com. fr. dispose que " Il n'est admis d'opposition ou payement qu'en cas de perte de la lettre de change ou de la faillite du porteur " .

(١٣٢) وهي تقابل المادة ١٣٦ / ٢ من القانون التجاري الفرنسي والتي تنص على أن " Le porteur ne peut refuser un payement partiel " .

(133) Michel vasseur op-cit. no. 37 .

(134) M. Vasseur op-cit.p. 82 .

(135) Rives lange et Raynaud op-cit. n° 138.

(136) L'art. 189 bis (1. no 77-4 du 3 janv, 1977) dispose que les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par dix ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes " .

(١٣٧) تنص المادة ٦٨ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على مدد تقادم الالتزامات التجارية على وجه العموم بقولها يقولها : تتقادم الدعاوى الناشئة عن الالتزامات التجارية قبل بعضهم البعض والمتعلقة بمعاملاتهم التجارية بمعنى سبع سنوات من تاريخ حلول ميعاد الوفاء بالالتزام إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك وكذلك تسقط بمعنى عشر سنوات الأحكام النهائية الصادرة في تلك الدعاوى .

(138) Gavalda et Stoufflet op-cit. no. 138 .

(139) V. Blanche SOUSI-ROUBI " la mobilisation des creances ou l'informatique, le droit et le papier , Gaz . pal . 1982, p 263 et s .

(140) V.F. CHAMOUX, le microfilm ou regard du droit des affaires , J.C.R.

1975. I. 2725 .

(141) GORE DU POUY, comptabilité générale de l'entreprise paris, 1975, no. 504.

(١٤٢) راجع المادة ٢٦ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

(143) Vasseur op-cit, no. 40 .

(144) JACQUELINE , la lettre de change relève, Banque no. spec. mars 1972 p. 15 et s. p. 17 et banque Octobre 1975 .

(145) L'art - 110 de code de com - Fr- dispose à ce Propos que " La lettre de change contient : (8) la signature de celui qui émet la lettre (tireur) la loi no 66-380 du 16 juin 1966) cette signature est opposée Soit à la main, soit par tout procédé non manuscrit " .

(١٤٦) المادة ٣٧٩ من قانون التجارة تنص على أن تشمل الكمبيالة على البيانات الآتية :

- توقيع من أصدر الكمبيالة على نحو مقرر .

(147) Ripert et Roblot op-cit . T. II no. 1920 .

(148) l'art 109 de code de com. F. (1. no. 80 - 525 du 12 juill . 1980) Al'égard des commerçant, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi " .

(149) Gavalda et Stoufflet op-cl no. 138 .

(150) Gavalda et Stoufflet op-cit no.138 .

(151) Rives langes et M. Raynaud, la droit bancaire op-cit. no. 330.

(152) Michel vasseur op-cit . no. 43 .

قائمة المراجع

أولاً : مراجع باللغة العربية :

- ١- البارودى (د. على) ، الأوراق التجارية - العقود التجارية - عمليات البنوك ، الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية ، سنة ١٩٧٥ ، عام ١٩٩٩ .
- ٢ - الشربيني (د. عماد) القانون التجارى الجديد لعام ١٩٩٩ ، أعمال البنوك والأوراق التجارية ونظام الإفلاس .
- الناليوبى (د. سميحة) الأوراق التجارية وفقا لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ الطبعة الثالثة سنة ١٩٩٩ الناشر دار النهضة العربية .
- ٣ - بدر (د. أمين) ، الأوراق التجارية فى التشريع المصرى ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ .
- ٤ - بربرى (د. مختار) ، قانون المعاملات التجارية ، الأوراق التجارية - عمليات البنوك ، الإفلاس ، ١٩٩٥ ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
وكذلك طبعة ٢٠٠٠ (الأوراق التجارية وعمليات البنوك) .
- ٥ - شفيق (د. محسن) ، الوسيط فى القانون التجارى المصرى ، العقود والأوراق التجارية والإفلاس ، الجزء الثانى ، طبعة ١٩٥٧ .
- ٦ - صالح (د. محمد) ، الأوراق التجارية وأعمال البنوك والإفلاس ، مطبعة الاعتماد ، سنة ١٩٣١ .
- ٧ - طه (د. مصطفى كمال) ، القانون التجارى ، الأوراق التجارية والإفلاس ، دار الجامعة الجديدة ، طبعة ١٩٩٧ .
- ٨ - عبد الرحيم (د. ثروت) ، القانون التجارى ، طبعة ١٩٨٢ .

- ٩ - عوض (د . على جمال الدين) ، الأوراق التجارية ، طبعة ١٩٩٥ ، الشيك فى قانون التجارة ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة .
- ١٠ - قاسم (د . على) ، قانون الأعمال الجزء الثالث ، وسائل الائتمان التجارى وأدوات الدفع فى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .
- ١١ - قايد (د . محمد بهجت) ، القانون التجارى ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ٢٠٠١/٢٠٠٠ ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ، عمليات البدوك والإفلاس ، الطبعة الثانية وفقاً لقانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ عام ٢٠٠٠ ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة .

ثانياً : المراجع الأجنبية الفرنسية Les ouvrages français

- DE ROOVER (R) l'evolution de la lettre de change 1952 .
- GAVALDA (ch.) et stoufflet (j.) Droit du credit (2) , effets de commerce- cheques, carte de paiement et de credit, éd. Iltec, 1988 .
- Hamel , Banques T. II 1943.
- HUVELIN, travaux sur l'histoire de la lettre de change 1901 .
- LE GOFF, Marchands et banquiers du moyen age Que sais je 1972 .
- PERCEROU et BOUTERON la nouvelle legislation du cheque t. II. 1951 .
- RIPERT (Georges) et Roblot (Réne) traité elementaire de Droit commercial T.II 1976 8^e éd. et 13^e éd. 1992.
- Rives lange (Jean louis) et Raynaud (Monique) , Droit bancaire, 6^e éd . pre- cis dalloz 1995 .
- ROBLOT (Roné) les effets de commerce éd sirey 1975.
- RODIERE (René) RIVES L ANGE (Jean- louis) , Droit bancaire 3^e éd. 1980.
- VASSEUR (Michel), la lettre de change relevé de l'influence de l'informatique sur le Droit éditions sirey 1976 .

المقالات الفرنسية Les articles français

- BARTHARE'S (Dominique) evolution du système L.C.R. Banque 1983, 993 et s.
- (GABRILLAC (Michel) , credits et Titres de credit, Rev. trim-de Droit commercial 1998 p. 388 et 1995 p. 626-627 .
- CHOLET (Alain) le service informatique est-il reservé aux banques les plus importantes Banque 1975 p. 726 et s .
- DENTZ (B.) la banque de France et l'automatisation de communication inter-bancaires, Banque no. spec. 1975 p. 15 .
- DENTZ (F.) la banque et l'utilisation du système SWIFT banque no .spec. 1975 p. 43 .
- HALGOUET, reseaux financiers commutation et diffusion d'information-Banque 1973 p. 657 .
- HUGON (J.) une petite revolution : le paiement des marchés publics par L.C.R. Droit bancaire 1988 - 84 .
- R. (JACQUELINE) la lettre de change relevé no . spec. Banque 1972 . p. 15.
- RUFF et BELAN (M.M) l'ordinateur de la banque et in formatique 1974-288.
- SOUSI - ROUBI (Blanche) la mobilisation des creances ou l'informatique, le droit et le papler v. Gazette Pal-1982 . p .
- Von den Bery (pout) Massa okaya monnai électronique :
Implications pour les autorités, Banque 1998 p. 5 et s .
- VANRENTER GHEM (J.) l'ordinateur de compensation, banque 1974, p. 284-286 .
- VASSEUR (Michel) , la lettre de change relevé Rev.trim. Dr. com 1975 p. 203-263, La lettre de change relevé .
- VIVANT (Michel) , l'informatique dans la theorie générale du contrat. Rec. Dalloz sirey 1994 .

Articles anonymes :

- Lettre de change relevé - L.C.R. brschure technique editée par l'association

professionnelle des banques mars 1972 en cours de refonte.

- Banque de France -note d'information n° 7 janv. 1972.

- La lettre de change Relevé (L.C.R)Banque 1971 p. 63-71 art anonyme.

الحماية الجنائية لموقع التجارة الإلكترونية على الإنترنت ومحتوياته

دكتور

مدحت رمضان

كلية الحقوق - جامعة القاهرة

مقدمة

حماية مواقع التجارة الإلكترونية بالإنترنت ومحتوياتها تقتضى دراسة بعض الموضوعات الخاصة بالقانون الجنائي وهى الحماية الجنائية للموقع الإنترنت من الاعتداء عليه سواء بالدخول غير المشروع أو بحذفه أو تعديله أو تبديله أو تعطيله ، وحماية محتوياته من التقليد عن طريق النصوص الخاصة بحماية الملكية الفكرية أو الأدبية ، وقد يضطر المشرع إلى تغيير مفاهيم تقليدية بالقانون لمواجهة الجرائم التى تقع مثلما فعل المشرع بدوقية لوكسمبورج ولذلك كانت لدراسة قانون التجارة الإلكترونية لدوقية لوكسمبورج أهمية خاصة . وسوف نخصص لكل من هذه الموضوعات فصلاً .

الفصل الأول

تجريم الدخول غير المشروع على مواقع الإنترنت

لاحظ المشرع منذ فترة في القانون المقارن خطورة بعض أفعال الاعتداء على أجهزة الحاسب وبرامجها وقواعد البيانات فتدخل لتوفير حماية جنائية لها . والحقيقة فأن الاعتداء على مواقع الإنترنت وصحائفها لا يخرج عن كونه أحد تطبيقات الأفعال السابقة ، والتي تمثل اعتداء على أنظمة الحاسب حيث يستخدم في إعداد هذه المواقع أجهزة الكمبيوتر وبرامجها المختلفة .

وسوف نعرض لموقف الاتحاد الأوربي والتشريع الأمريكي والتشريع الفرنسي من جرائم الكمبيوتر .

المبحث الأول

الاتحاد الأوربي وتجريم الدخول غير المشروع على مواقع الإنترنت

شعر المجتمع الأوربي بخطورة جرائم الكمبيوتر ، ولذلك عملت اللجنة الأوربية بشأن مشاكل الجريمة **EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS** ولجنة الخبراء في مجال جرائم الكمبيوتر **EUROPEAN COMMITTEE OF EXPERTS ON CRIME IN CYBER-SPACE** على إعداد مشروع اتفاقية تتعلق بجرائم الكمبيوتر (DRAFT No 19) ، وقد أعلن المجلس الأوربي مشروع هذه الاتفاقية في 27 أبريل 2000 ^(١) ، وأكد المجلس الأوربي على أن الاعتداءات الحديثة على مواقع الإنترنت التجارية مثل أمازون دوت كوم **amazon. com** هي التي وجهت نظر المجتمع الدولي إلى المخاطر التي يواجهها الإنترنت وشبكات الكمبيوتر وأن جرائم الكمبيوتر تهدد التجارة والمصالح الحكومية ، وقد أخذ المجلس الأوربي زمام المبادرة ووضع مشروعاً لاتفاقية تتعلق بجرائم الكمبيوتر مع الأخذ في الاعتبار الطابع الدولي الغالب لمثل هذه الجرائم ^(٢) .

ولقد وضع مشروع الاتفاقية تعريفات فنية لبعض المصطلحات الخاصة بالحاسب واستعمالاته . وحدد المشروع الإجراءات التي يتعين اتخاذها بالدول المتعاقدة على المستوى الداخلي وعلى المستوى الدولي .

وعلى المستوى الداخلى وجه المشروع الدول المتعاقدة إلى أن تجرم أفعال الاعتداء على سرية وتكامل بيانات الكمبيوتر وأنظمتها والاتصال بها ، وحدد المشروع من هذه الأفعال الدخول العمدى غير المشروع على نظام للكمبيوتر بصورة كلية أو جزئية ، وأعطى المشروع للدول المتعاقدة خيار أن تصنيف شرطاً للعقاب ، وهو أن يكون الدخول باختراق إجراءات تأمين النظام أو بنية الحصول على بيانات معينة أو لأى غرض آخر غير مشروع (مادة 2 من المشروع) .

ومن الأفعال التى اعتبرها المشروع من الجرائم الالتقاط العمدى بأى وسيلة تقنية لأى نقل لبيانات كمبيوتر من أو داخل نظام للكمبيوتر ، وأى إرسال كهرومغناطيسى من نظام للكمبيوتر يحمل مثل هذه المعلومات (م 3 من المشروع) ، وكذلك الإتلاف أو الحذف أو التعديل أو المسح العمدى ، دون حق ، لأى من بيانات الكمبيوتر (مادة 4 من المشروع) ، والإعاقة العمدية دون حق لعمل نظام للكمبيوتر بإدخال أو نقل أو إتلاف أو تعديل أو إلغاء بيانات الكمبيوتر (م 5 من المشروع) ، وإنتاج أو بيع أو حيازة أو استيراد أو توزيع أو توفير أى 1- وسيلة بما فيها برامج الكمبيوتر المصممة أو المعدة خصيصاً لارتكاب الجرائم المشار إليها ، 2- وكذلك كلمة سر أو كود للدخول أو أى بيان مشابه يمكن الدخول عن طريق أى منها على نظام للكمبيوتر لارتكاب الجرائم المشار إليها (م 6) .

ومن الجرائم الملحقة بجرائم الكمبيوتر تزيف برامج الكمبيوتر وتحقق هذه الجريمة بالإدخال أو التعديل أو التبديل أو المسح العمدى للبيانات لاستخدامها من الناحية القانونية كما لو كانت أصلية ، ولا يشترط أن يكون فى الإمكان قراءة هذه البيانات أو أن تكون واضحة ، وقد يشترط طرف من أطراف الاتفاقية توافق نية الغش أو أى نية أخرى غير مشروعة لإقامة المسؤولية الجنائية (م 7) .

واعتبر المشروع جريمة ملحقة بجرائم الكمبيوتر التسبب العمدى فى فقد ملكية أى شخص آخر أ - بإدخال أو تعديل أو إلغاء أو مسح بيانات تخص الكمبيوتر ب - بالتدخل فى عمل الكمبيوتر (البرنامج) أو النظام بقصد الحصول دون حق على فائدة اقتصادية لنفسه أو للغير (م 8) .

ولقد تناولت المادة التاسعة من مشروع الاتفاقية تجريم استخدام الأطفال فى الأفعال الفاضحة عن طريق أنظمة الكمبيوتر .

وتناولت المادة العاشرة من المشروع جريمة الاعتداء على الملكية الفكرية والجرائم الملحقة بها وحثت الدول المتعاقدة على أن تجرم فى قوانينها الداخلية التقليد والتوزيع بطريق أنظمة الكمبيوتر للأعمال المحمية بقوانين نالملكية الفكرية وفقاً للقانون الوطنى (استناداً لاتفاقية برن لحماية الأعمال

الأدبية والفنية Bern Convention For the Protection of Literary and Artistic Works واتفاقية التريس The TRIPS Agreement ومعاهدة الوايبو للملكية الفكرية The WIPO Copyright Treaty ، وذلك إذا ارتكبت هذه الأفعال واتخذت صورة الاتجار العمدي ودون حق ، وأجاز المشروع لأي طرف من الأطراف تجريم تقليد وتوزيع بواسطة نظام للكمبيوتر أعمال أو اختراعات محمية وفقاً لقانون الدولة واستناداً لمعاهدة برن بشأن الأداء والفونوجرام .

وتناولت المواد 11 و 12 و 13 الأحكام الخاصة بالمساهمة التبعية والشرع ومسئولية الأشخاص المعنوية والعقوبات . وتناول المشروع كذلك تنظيمًا للإجراءات الجنائية والتعاون الدولي في مجال جرائم الكمبيوتر .

المبحث الثاني

تجريم الدخول غير المشروع على مواقع الإنترنت في الولايات المتحدة الأمريكية

صدر في الولايات المتحدة الأمريكية القانون الفيدرالي في شأن الاعتداء على الكمبيوتر واستغلاله COMPUTER FRAUD AND ABUSE ACT في عام 1984 وعدل في أعوام 1986 و 1994 و 1996 وورد في الفصل 1030 منه نصوص خاصة تجرم الاعتداء على الكمبيوتر والمتعلقة بأنشطة متصلة بالكمبيوتر .

ويعاقب هذا الفصل على الأفعال أي شخص يدخل عمداً على جهاز كمبيوتر بدون تصريح أو يحصل ، متجاوزاً التصريح الممنوح له بأي وسيلة كانت ، على معلومات حددت حكومة الولايات المتحدة الأمريكية أنه لا يجوز الكشف عنها لأمر تتعلق بالدفاع الوطني أو العلاقات الخارجية ، أو أي بيانات سرية كذلك المتعلقة بالأمر المحددة بالفقرة (ي) من الفصل الثاني من قانون الطاقة النووية الصادر في 1954 ، وذلك إذا اتجهت إرادة الجاني إلى ارتكاب هذه الأفعال أو توافر الاعتقاد أن مثل هذه المعلومات ستستخدم للمساس بالولايات المتحدة الأمريكية أو بمصالح أي دولة أجنبية . كما يعاقب القانون كل من يقوم عمداً بالدخول على جهاز كمبيوتر ، دون تصريح أو بتجاوز التصريح الممنوح له ويحصل على معلومات موجودة في سجل اقتصادي يخص مؤسسة مالية أو يخص مانح بطاقات مالية أو المعلومات الموجودة في تقرير يتعلق بالمستهلكين .

ويعاقب القانون كذلك على الدخول العمدى على البيانات الموجودة بأجهزة الكمبيوتر الخاصة بالوكالات والجهات والتي يقتصر استعمالها على حكومة الولايات المتحدة الأمريكية ، وإذا كان الاستعمال لا يقتصر كلية على حكومة الولايات المتحدة الأمريكية ولكنه يستعمل لمصلحتها وكان من شأن الدخول على الكمبيوتر أن يؤثر فى مثل هذا الاستعمال .

ويعاقب المشرع الأمريكى كذلك كل من يدخل على جهاز للكمبيوتر يستخدم فى التجارة أو الاتصال بين الولايات المتحدة ويقوم عمداً بنقل Transmission لبرنامج أو معلومة أو كود للكمبيوتر أو نظام للكمبيوتر .

ويعاقب المشرع الأمريكى كل من يمنع أو يحرم أو يتسبب فى منع أو حرمان الغير من استعمال كمبيوتر أو خدمات كمبيوتر أو نظام أو شبكة أو معلومات أو بيانات أو برنامج .

ويعاقب القانون الأمريكى كذلك على نقل أى مكونات لبرامج أو معلومات أو كود أو أمر دون موافقة من المسؤولين على الكمبيوتر المستقبل للبرنامج أو المعلومات أو الكود أو الأمر إذا أدى هذا النقل إلى خسائر لشخص أو أكثر تبلغ ألف دولار أو أكثر خلال فترة سنة من ارتكاب الفعل أو إذا أدت إلى تعديل أو إفساد كلى أو جزئى لكشف طبي أو تقرير طبي أو علاج طبي أو الرعاية الصحية لشخص أو أكثر .

وفرض المشرع الأمريكى عقوبة على القيام بنقل برنامج أو معلومات أو كود أو أمر بطريق الكمبيوتر لجهاز يستخدم فى التجارة أو الاتصال بين الولايات ، ويشكل الفعل خطورة أن النقل أصغر أو تسبب فى الإضرار لكمبيوتر أو نظام للكمبيوتر أو شبكة أو معلومة أو بيان أو برنامج ، وكان ذلك دون تصريح من المسؤولين عن النظام الذى نقل إليه البرنامج أو المعلومة أو الكود أو الأمر وتسبب فى خسائر تقدر بألف دولار أو أكثر خلال فترة سنة أو عدل أو عطل كلياً أو جزئياً التقارير الطبية .

ويعاقب القانون كذلك على غش كلمات المرور بما يسمح بالدخول على نظام للكمبيوتر دون تصريح إذا كان من شأن ذلك الإضرار بالتجارة بين الولايات أو بالتجارة الخارجية .

ولقد قرر المشرع الأمريكى عقوبات مشددة للجرائم المشار إليها والاشروع فيها .

ومع ذلك فقد كشف التقرير الصادر عن لجنة عمل رئيس الولايات المتحدة الأمريكية فى شأن السلوك غير المشروع على الإنترنت فى مارس 2000 أن القانون ينطوى على الكثير من الغموض والقصور بحيث يمكن للمجرمين تلافى تطبيق القانون عليهم باستخدام حاسبات وشبكات تقع خارج

الولايات المتحدة الأمريكية ، كما يمكن لمجرمى الكمبيوتر من خارج الولايات المتحدة الأمريكية استخدام الأنظمة الموجودة بالدولة للاعتداء على حاسبات تقع فى دول أخرى (٣) .

المبحث الثالث

تجريم الدخول غير المشروع على مواقع الإنترنت فى التشريع الفرنسى

يعد قانون السادس من يناير 1978 من أول القوانين الفرنسية التى أراد المشرع الفرنسى بواسطتها مواجهة الإجرام المعلوماتى ، وقد واجه المشرع بهذا القانون الجرائم المتعلقة بالمعالجة الإليكترونية للبيانات ثم تلاه مجموعة من القوانين أهمها قانون الثالث من يوليو 1985 فى شأن حماية البرامج فى ضوء الحماية المقررة للملكية الفكرية وقانون الخامس من يناير 1988 ، ولم يأخذ مشروع قانون العقوبات الفرنسى المعدل فى 1989 فى الاعتبار بعض التعديلات التى أجريت اعتباراً من عام 1986 على المشروع ، وخصوصاً تلك المتعلقة بالجرائم المعلوماتية ، والتى نص عليها قانون الخامس من يناير 1988 والذى أراد به المشرع الفرنسى فى حينه حماية أنظمة المعلومات نظراً لكثرة استخدام الفيديوسات وما أطلق عليه فى حينه بالإرهاب المعلوماتى (٤) . وقد تم الاتفاق فيما بعد بمجلس الشيوخ على أن ينص على الجرائم المعلوماتية فى قانون العقوبات الجديد مع الأخذ فى الاعتبار أن التجريم يتعين أن يمتد ليشمل التزوير فى البيانات المعلوماتية ، وإن صور التجريم الأخرى تتعلق بحماية البيانات الاسمية ، كما يتعلق البعض الآخر منها بحماية أنظمة المعلومات (٥) وهى تلك التى تتعلق فى رأينا بحماية موقع الإنترنت ومحتوياته .

وقد تناول المشرع الفرنسى فى الكتاب الثالث من قانون العقوبات الجديد الجنايات والجنح التى تقع على الأموال **DES CRIMES ET DÉLITS CONTRE LES BIENS** وخصص الباب الثانى منه للجرائم الأخرى على الأموال **DES AUTRES ATTEINTES AUX BIENS** ، وخصص الفصل الثالث من هذا الباب لجرائم الاعتداء على أنظمة معالجة البيانات **DES ATTEINTES AUX SYSTÈMES DE TRAITEMENT AUTOMATISÉE DE DONNÉES**.

وقد يتصور البعض أن المشرع الفرنسى قد اعتبر قواعد البيانات من الأموال حيث أن النصوص الخاصة بتجريم الاعتداء عليها قد وردت تحت عنوان الجرائم الأخرى على الأموال ،

ولكننا نرى أن الصورة الوحيدة للاعتداء المادى هى تلك المتعلقة بالاعتداء الذى يقع على أجهزة الكمبيوتر ، وفيما يتعلق بصور الاعتداء الأخرى فأنها تقع على البيانات والمعلومات .

وتناول المشرع الفرنسى مجموعة من الجرائم التى تقع على أنظمة معالجة البيانات 1-323 إلى 7-323 ، وتعاقب المادة الأولى على الدخول بطريق الغش أو التدليس Frauduleusement على نظام للمعلومات أو إبقاء الاتصال بطريقة غير مشروعة به بالحبس لمدة سنة وبغرامة مائة ألف فرنك فرنسى ، وتكون العقوبة الحبس لمدة سنتين وغرامة 000 و 200 ألف فرنك فرنسى إذا ترتب على نشاط الجانى إلغاء أو تعديل البيانات الموجودة بالنظام أو تعديل تشغيل النظام (م 1-323) .

وتعاقب المادة الثانية بالحبس لمدة ثلاثة سنوات وغرامة 000 و 300 ألف فرنك فرنسى على إعاقة أو التسبب فى تحريف تشغيل نظام معالجة البيانات (م 2-323) .

وتعاقب المادة الثالثة بالحبس لمدة ثلاثة سنوات وغرامة 000 و 300 ألف فرنك فرنسى على عملية إدخال بيانات بطريقة غير مشروعة فى نظام معالجة البيانات أو إلغاء أو تعديل البيانات التى يحتوى عليها النظام بطريقة غير مشروعة (م 3-323) .

وتقرر المادة 4-323 معاقبة بذات العقوبة المقررة للجريمة أو المقررة للجريمة الأشد المساهمة فى جماعة أو الاتفاق بين مجموعة من الأشخاص للتحصير بعمل أو أعمال مادية لارتكاب جريمة أو أكثر أو ارتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم السابقة . ويرى جانب من الفقه بحق أن هذا النص يمثل خروجاً على القواعد العامة حيث يعاقب على الأعمال التحضيرية للجريمة التى تسبق البدء فى التنفيذ المادى لها ، ومع ذلك يمكن الخروج على القواعد العامة بنص خاص ، وتبرير مثل هذا الخروج على القواعد العامة رغبة المشرع الفرنسى فى تقرير نوع من الحماية الوقائية للنظم المعلومات من مخاطر الإعداد لمثل هذه الجرائم (٦) .

وتقرر المادة 5-323 بعض العقوبات التكميلية للعقوبات الأصلية المقررة للجرائم السابقة وهى :
- الحرمان لمدة لا تتجاوز 5 سنوات من الحقوق المدنية وتلك المتعلقة بالأسرة وفقاً لأحكام المادة 131-26 من قانون العقوبات .

- الحرمان لمدة لا تتجاوز 5 سنوات من شغل الوظائف العامة أو نشاط مهنى أو اجتماعى إذا كانت الجريمة قد ارتكبت بسبب أو بمناسبة مباشرتها .

- مصادرة الشيء أو الأشياء التي استخدمت في ارتكاب الجريمة أو أعدت للاستعمال في ارتكابها أو تحصلت عنها ، وذلك عدا الأشياء محل المطالبة بالرد .
- الإغلاق لمدة لا تزيد على 5 سنوات للأماكن أو المشروعات التي استخدمت في ارتكاب الجريمة .
- الإبعاد لمدة لا تتجاوز 5 سنوات عن الأسواق العامة .
- المنع من إصدار شيكات لمدة لا تتجاوز 5 سنوات إلا تلك التي تسمح للساحب بسحب أموال من المسحوب عليه أو إذا كانت مقبولة الدفع .
- إعلان ونشر الحكم وفقاً للشروط الواردة بالمادة 131-35 من قانون العقوبات .
- وأجاز المشرع الفرنسي بالمادة 323-6 مساءلة الأشخاص المعنوية عن الجرائم السابقة في ضوء الأحكام العامة لمساءلة الأشخاص المعنوية الواردة بالمادة 121-2 من قانون العقوبات .
- وأخيراً قررت المادة 323-7 معاقبة الشروع في ارتكاب الجرائم الواردة بالمواد 323-1 / 323-3 بذات العقوبات المقررة للجريمة التامة .
- وبالنظر للنصوص السابقة يتضح أن المشرع الفرنسي أقام ثلاثة أنواع من الجرائم وهي الدخول العمدى غير المشروع على نظام لمعالجة البيانات ، وإعاقة تشغيل النظام ، وإدخال أو إلغاء بيانات في برنامج معالجة البيانات ، ومن ناحية أخرى قام المشرع الفرنسي بتعديل النصوص الخاصة بالتزوير بحيث لم يعد التزوير قاصراً على المحررات بل صار في الإمكان وقوعه على أى دعامة تحتوى على تعبير عن الأفكار .
- وسوف نتناول بالعرض تفصيلاً للجرائم الواردة بالمواد 323-1 إلى 323-3 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد .

المطلب الأول

جريمة الدخول العمدى غير المشروع

على نظام معالجة البيانات

تعاقب المادة 323-1 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد على الدخول بطريق الغش أو التدليس Frauduleusement على نظام لمعالجة البيانات أو إبقاء الاتصال بطريقة غير مشروعة به بالحبس

لمدة سنة وبغرامة مائة ألف فرنك فرنسى ، وتكون العقوبة الحبس لمدة سنتين وغرامة 200 و 000 ألف فرنك فرنسى إذا ترتب على نشاط الجانى إلغاء أو تعديل البيانات الموجودة بالنظام أو تعديل تشغيل النظام .

ويفترض فى هذه الجريمة أنها لا تقع إلا إذا كان النظام غير مفتوح للجمهور حيث يفترض أن تقع الجريمة على نظام لا يجوز سوى لأشخاص محددة الدخول عليه ^(٧) .

ويتضح أن المشرع قد استخدم بنص المادة 1-323 مصطلحات تسمح بتجريم استعمال أى وسيلة تقنية للدخول على نظام لمعالجة البيانات كالدخول عن طريق كلمة السر الحقيقية إذا لم يكن للجانى حق استخدامها ^(٨) ، أو باستخدام برنامج أو شفرة خاصة ^(٩) ويستوى أن يكون الدخول على النظام بطريقة مباشرة أو غير مباشرة .

والدخول على النظام من الجرائم الوقتية . وتقع الجريمة من أى شخص حيث يستوى أن يكون من الخبراء أو حتى الأفراد العاديين وسواء كان الدخول للقيام بعمل غير مشروع أو لمجرد الفضول وحسب الاستطلاع ^(١٠) .

ولا يشترط لوقوع الجريمة تامة فى صورتها هذه تحقق أى ضرر أو تلاعب فى البيانات فالجريمة تقع تامة بمجرد الدخول غير المشروع .

أما البقاء داخل النظام فيفتراض اختلاس وقت النظام ويتخذ صورة الجريمة المستمرة ^(١١) ، ويمكن أن يكون البقاء لاحقاً على دخول غير مشروع ، ويمكن فى رأينا أن يكون البقاء لاحقاً على دخول مشروع إذا تجاوز الوقت المحدد المسموح به أو الغرض الأساسى المصرح به للدخول .

ويرى جانب من الفقه أن الدخول قد يكون مشروعاً إذا كان عن طريق الصدفة أو الخطأ أو السهو وكان من الواجب عندئذ أن يقطع تواجده ويسحب فوراً فإذا بقى رغم ذلك يعاقب ^(١٢) . ونرى أن الدخول بطريق الصدفة أو الخطأ أو السهو يتسم بعدم المشروعية وأن كان القانون الجنائى لا يعاقب سوى على الدخول العمدى ، وعندئذ يعاقب الجانى إذا بقى عمداً بالنظام .

ويطرح جانب من الفقه تساؤلاً عن تعدد الجرائم فى حالة الدخول والبقاء غير المشروعين ، ويؤكد أننا سنكون فى هذه الحالة أمام جريمة واحدة نظراً لأن الجانى أراد بالدخول غير المشروع البقاء داخل النظام ^(١٣) .

ويضيف الفقه السابق أن نص المادة 323-1 يتطلب أن يكون الدخول على النظام أو إبقاء الاتصال بطريق الغش أو التدليس ، وبناء عليه إذا كانت قاعدة البيانات مفتوحة للجمهور كان الدخول مشروعاً ومع ذلك قد يكون البقاء متسماً بعدم المشروعية ^(١٤) . ولكننا نرى أنه على الرغم من أن الدخول على البيانات قد يكون مفتوحاً للجمهور فقد يتم الدخول على بيانات لا يجوز الدخول عليها فلنفترض أن الجاني قد دخل على موقع أمازون دوت كوم وهو موقع للبيع الإلكتروني أعد للجمهور ، ولكن كان دخوله فى البيانات الخاصة بإعداد الموقع وتنظيمه ، وهى معلومات لا يجوز للجمهور الدخول عليها ، وبالتالي كان العمل الذى صدر عن الجاني مكوناً للجريمة حيث أن البيانات الخاصة بإعداد الموقع غير مفتوحة للجمهور .

وشدد المشرع عقوبة الجريمة إذا ترتب على الدخول على النظام أو البقاء فيه محو أو تعديل البيانات التى يحويها النظام أو ترتب عليهما تعطيل النظام عن القيام بعمله ^(١٥) . وقد شدد المشرع العقوبة نظراً لطبيعة الأضرار الجسيمة المترتبة على الدخول أو البقاء بالنظام .

وجريمة الدخول على النظام أو البقاء فيه من الجرائم العمدية التى تقوم بالقصد الجنائى العام .

المطلب الثانى

جريمة إعاقة أو التسبب فى تحريف تشغيل نظام معالجة البيانات

تعاقب المادة 2-323 من قانون العقوبات الفرنسى الجديد بالحبس لمدة ثلاثة سنوات وغرامة 000 و 300 ألف فرنك فرنسى على إعاقة ENTRAVER أو إفساد FAUSSER تشغيل نظام معالجة البيانات .

يتضح من مرونة المصطلحات المستخدمة فى المادة 2/323 لتحديد النشاط الإجرامى لهذه الجريمة أنها تنصرف إلى كل عمل من شأنه إرباك عمل نظام معالجة البيانات ، ويستوى أن يكون من شأن نشاط الجاني إعاقة أو إفساد نظام التشغيل أو الإرسال ، ويستوى أن يؤدي نشاط الجاني إلى توقف النظام عن العمل بصورة دائمة أو مؤقتة أو أن يستخدم الجاني فى ارتكاب الجريمة أى وسيلة من شأنها أن تعوق حسن سير النظام كالاعتداء المادى على النظام أو نشر فيروس به ^(١٦) حيث أنه يستوى لدى المشرع الوسيلة المستخدمة ^(١٧) . ولا يشترط أن تكون الإعاقة أو الإفساد كلية بل يمكن أن يؤدي النشاط إلى إعاقة أو إفساد جزئى للنظام ^(١٨) .

وجريمة الإعاقة أو الإفساد من الجرائم العمدية التي تقوم بالقصد الجنائي العام ، وبناء عليه إذا قام المتعامل مع النظام بصورة مشروعة بإعاقة أو إفساد النظام نتيجة لخطأ فى التشغيل أو التعامل مع البيانات لم يسأل عن هذه الجريمة .

المطلب الثالث

جريمة التلاعب فى بيانات نظام معالجة المعلومات

كرر المشرع بشأن هذه الجريمة نص المادة 4-462 فى قانون العقوبات القديم وضمها نص المادة 3/323 وعاقب على إدخال بيانات فى نظام معالجة البيانات أو إلغاء أو تعديل البيانات المثبتة فيه . وبالتالي يبدو جلياً أن المشرع الفرنسى لا يحمى النظام من الناحية المادية ، ولكنه يوفر بهذا النص الحماية للمعلومات الموجودة بالنظام^(١٩) ، وذلك ضد أى نشاط إجرامى ، وهو ما يطلق عليه عادة بالقرصنة المعلوماتية^(٢٠) ، ويؤدى إلى تحقق نتائج غير تلك المراد تحقيقها^(٢١) .

والجريمة هنا من الجرائم العمدية التي تقوم بالقصد الجنائي العام حيث يتعين أن يعلم الجاني بطبيعة نشاطه وأن تتجه إرادته إلى الإدخال أو الإلغاء أو التعديل وأن يعلم كذلك أنه يعتدى على حقوق الغير بمقتضى هذا الفعل^(٢٢) .

ويتضح من العرض السابق أن موقف المشرع الفرنسى يتسم بالبساطة والمنطق فلم يغرق فى التفاصيل كما فعل المشرع الأمريكى حيث نص على الجرائم دون أن يحدد الجهة التي يتبع لها نظام معالجة البيانات فى مقابل ذلك أمعن المشرع الأمريكى فى التفاصيل وأهتم بحماية الأنظمة الخاصة بالأمن القومى والاتحادية ، ومع ذلك فقد يكون موقف المشرع الأمريكى مبرراً بأن القانون الأمريكى من القوانين الاتحادية التي تهتم بالأمور المتعلقة بالأمن القومى وعلاقات الولايات المتحدة الأمريكية مع المجتمع الدولى والتجارة الخارجية ، وأن المشرع الاتحادى ترك للولايات سلطة وضع القوانين المحلية المناسبة فى هذا المجال .

الفصل الثانى

حماية محتويات المواقع المخصصة للتجارة الإلكترونية فى ضوء قوانين حماية الملكية الفكرية

سوف نعرض فى هذا الفصل لحماية مواقع الإنترنت فى قوانين حماية الملكية الفكرية والأدبية فى القانون المقارن ثم فى القانون المصرى .

المبحث الأول

الحماية التى توافرها قوانين حماية الملكية الفكرية فى القانون المقارن

يتعين لى ينطوى موقع الإنترنت على أعمال موجودة مسبقاً ، أياً ما كانت طبيعتها سواء كانت من الصور أو النصوص أو الأعمال الموسيقية أو الرموز ، الحصول على موافقة أصحاب الحقوق على هذه الأعمال سواء كانوا من الناشرين أو المنتجين أو المؤلفين أو الملحنين مع عدم الإخلال بحق المستخدم فى الاستعانة بمقتطفات قصيرة من هذه الأعمال لأغراض نقدية أو تعليمية أو علمية أو إعلامية مع الإشارة لصاحب العمل ومصدره (٢٣) .

والسؤال الذى يطرح نفسه بالنسبة لقوانين حماية المصنفات الأدبية والفنية هو هل تكفى القوانين القائمة لحماية الأعمال المستحدثة التى تعد خصيصاً لإنشاء موقع على الإنترنت وتستخدم فيها التكنولوجيات الرقمية أم أن هذه القوانين فى حاجة للتغيير ؟ وهناك سؤال آخر يرتبط بالسؤال السابق هو هل تشمل الحماية تكنولوجيا الوسائط المتعددة MULITEMEDIA وهى تلك التكنولوجيا التى تسمح باجتماع النصوص والموسيقى والصور والأشكال والأفلام والفيديو كلها أو البعض منها مع بعضها البعض كما تسمح بتعامل أكثر من شخص معها INTERACTIVITY ؟

تناول مشروع الاتفاقية المعن فى شأن التجارة الإلكترونية عن المجلس الأوربي فى ٢٧ أبريل ٢٠٠٠ (٢٤) فى المادة العاشرة منه جريمة الاعتداء على الملكية الفكرية والجرائم الملحقة بها ، وحث المشروع الدول المتعاقدة على أن تجرم فى قوانينها الداخلية التقليد والتوزيع بطريق أنظمة الكمبيوتر للأعمال المحمية بقوانين الملكية الفكرية وفقاً للقانون الوطنى (استناداً لاتفاقية برن لحماية الأعمال الأدبية والفنية وال Bern Convention For the Protection of Literary and Artistic Works

واتفاقية التريس **The TRIPS Agreement** ومعاهدة الوايبو للملكية الفكرية - **The WIPO Copy right Treaty** ، وذلك إذا ارتكبت هذه الأفعال وبصورة الاتجار عمداً ودون حق . وأجاز المشروع لأي طرف من الأطراف تجريم تقليد وتوزيع ، بواسطة نظام للكمبيوتر ، أعمال أو اختراعات محمية وفقاً لقانون الدولة واستناداً لمعاهدة برن بشأن الأداء والفونوجرام .

ومع ذلك هل تكفى القوانين القائمة لتوفير الحماية للمصنفات الأدبية والفنية والوسائط المتعددة على مواقع الإنترنت وصحفه ؟

لا توجد مشكلة في رأينا إذا كان العمل قد صنف على أساس أنه قطعة موسيقية أو رسم أو عمل أدبي أو برنامج للكمبيوتر ، فقد طبق كل من القضاء الأمريكي والفرنسي على سبيل المثال اللصوص الخاصة بحماية الملكية الفكرية على أفعال تقليد قام بها البعض على الإنترنت فقد أعتبر القضاء الأمريكي قيام البعض بوضع صور خاصة بمجلة بلاي بوي **Playboy** على الإنترنت دون موافقة المجلة بما يسمح للبعض بإنزال الصور ونسخها تقليداً^(٢٥) ، كما أعتبر القضاء الفرنسي وضع قطع موسيقية لأغان المغنى الفرنسي بريل دون موافقة أصحاب الحق على الإنترنت مكوناً لجريمة التقليد .

ولكن يدق الأمر إذا تم تجميع هذه مجموعة من الأعمال لإخراج صفحة أو موقع على الإنترنت ، كموقع للتجارة الإلكترونية ، حيث أن قوانين حماية الملكية الفكرية لا تحمى العمل متعدد الوسائط **MULTIMÉDIA** في ذاته^(٢٦) . والعمل متعدد الوسائط هو عمل يقوم على مجموعة من الأعمال تخضع لقواعد مختلفة وقد تكون متعارضة فمثلاً قد يشمل العمل على صور وموسيقى وفيديو وقصة^(٢٧) .

ذهب جانب من الفقه الفرنسي قبيل التعديلات الأخيرة لقانون الملكية الفكرية الفرنسي ليشمل قواعد البيانات إلى أن قانون الملكية الفكرية يشمل بالتأكيد بالحماية الأعمال متعددة الوسائط **MULTIMÉDIA** طالما أنها تتسم بالابتكار **ORIGINALITÉ** ، وبناء عليه ونظراً لأن الأعمال متعددة الوسائط تقوم على استخدام مجموعة من المعطيات كان من الصعب القول بأنها لا تقوم على الابتكار^(٢٨) .

ويرى جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى أنه لا يمكن اعتبار الأعمال التي تقوم على الوسائط المتعددة من الأعمال السمعية البصرية (المحمية بموجب المادة ل ٦-٢-١٢٢ من قانون الملكية الفكرية) والتي تجمع بين الصوت والصورة حيث أن للأعمال السمعية والبصرية بداية ونهاية ، أما

الأعمال التي تقوم على الوسائط المتعددة فهي تفترض أعمال إيجابية من التعامل فهو يتصفح ويتصرف كيفما تراءى له معها ، كما لا يمكن اعتبار الوسائط المتعددة كبرامج الكمبيوتر حيث لا يمكن إنشاء موقع الإنترنت وتصفحه إلا باستخدام البرامج وبالتالي لا يمكن الخلط بين وسيلة إعداد موقع الإنترنت وتصفحه والموقع ذاته .

ولقد انتهى الفقه السابق إلى أن الأعمال التي تقوم على الوسائط المتعددة والتي تعد منها مواقع الإنترنت تدخل في نطاق قواعد البيانات Base de donnée التي شملها قانون الملكية الفكرية بالحماية بمقتضى القانون رقم ٣٦-٩٨ الصادر في الأول من يولييه ١٩٩٨ والذي عرف قاعدة البيانات بأنها مجموعة من الأعمال أو المعطيات أو العناصر المستقلة والموضوعة بطريقة منتظمة أو منطقية ويمكن للشخص الوصول إليها بالوسائل الإلكترونية أو بأى وسيلة أخرى (مادة 112-3 من قانون الملكية الفكرية)^(٢٩) ، ولذلك فإن هذا التعريف الواسع يسمح بتطبيقه على مواقع الشبكة بالإنترنت التي تسمح فكرتها بالتعامل المستقل ، كما أن تطور هذه المواقع أدى إلى أنها صارت تتخذ شكل قواعد للبيانات^(٣٠) ، وهذا الرأي يتفق مع الاتجاه الأوربي إلى اعتبار قواعد البيانات من الأعمال التي تشملها بالحماية قوانين الملكية الفكرية^(٣١) .

المبحث الثانى

الحماية الجنائية فى ضوء قانون حماية حق المؤلف المصرى

نصت المادة الثانية من قانون حماية حق المؤلف المصرى : تشمل هذه الحماية مؤلفى : مصنفات الحاسب الآلى من برامج وقواعد بيانات وما يماثلها من مصنفات تحدد بقرار من وزير الثقافة وتعتبر هذه المصنفات من المصنفات الأدبية . وتضيف المادة الرابعة من ذات القانون : مع عدم الإخلال بحكم المادة ١٩ لا تشمل الحماية أولاً - المجموعات التى تنتظم مصنفات عدة كمختارات الشعر والنثر والموسيقى وغيرها من المجموعات وذلك مع عدم الإخلال بحقوق كل مصنف ومع ذلك تتمتع المجموعات سالفه الذكر إذا كانت متميزة بسبب يرجع إلى الابتكار أو الترتيب أو أى مجهود شخصى آخر يستحق الحماية .

ويتضح من النصين السابقين أن المشرع المصرى كفل الحماية لبرامج الحاسب الآلى وقواعد البيانات وأعتبرها من المصنفات الأدبية وأعطى لوزير الثقافة سلطة إضافة مصنفات أخرى تماثلها . ولكن هل تشمل الحماية الوسائط المتعددة التى تقوم على الجمع بين أكثر من مصنف ويمكن

للمتعامل معها التعديل والتبديل فيها ؟ سبق أن رأينا أن جانب من الفقه الفرنسي أعتبر الوسائط المتعددة من قواعد البيانات التي شملها الفرنسي بالحماية ، ونحن نتفق مع هذا الرأي نظراً لأن قواعد البيانات يمكن أن تجمع بين أكثر من مصنف .

ولا نرى أن المشرع المصري قد أخرج الوسائط المتعددة من الحماية عندما أخرج المجموعات المركبة من نطاق الحماية حيث أنه يوفر الحماية لحقوق مؤلف كل مصنف (م ٤ أولاً) ، ويوفر الحماية للعمل ككل إذا كان يتميز بسبب يرجع للابتكار أو الترتيب أو أى مجهود شخصي (الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة المشار إليها) (٣٢) ، ونرى أن نص المادة الرابعة لا يمثل خروجاً على القواعد العامة لحماية الملكية الفكرية حيث أنه يقرر ببساطة أنه لا حماية للعمل المركب إلا إذا كان مبتكراً أو متميزاً في ترتيبه أو لمجهود شخصي .

وقد فرض المشرع عقوبات لتقليد المصنفات الأدبية ومن بينها برامج الحاسب وقواعد البيانات فيعاقب وفقاً للمادة ٤٧ من قانون حماية حق المؤلف بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية :

(أولاً) من اعتدى على حقوق المؤلف الملتصق عليها فى المواد ٥ و ٦ و ٧ و ٩ من هذا القانون .

(ثانياً) أدخل فى مصر بقصد دون إذن المؤلف أو من يقوم مقامه مصنفًا منشورًا فى الخارج مما تشمله الحماية التى تفرضها أحكام هذا القانون .

(ثالثاً) من باع أو عرض للبيع أو للتداول أو للإيجار مصنفًا مقلدًا مع علمه بتقليده .

(رابعاً) من قلد فى مصر مصنفًا منشورًا فى مصر أو فى الخارج أو باعه أو عرضه للبيع أو للتداول أو صدره للخارج مع علمه بتقليده .

وتتعدد العقوبة بتعدد المصنفات محل الجريمة .

وفى حالة العود تكون العقوبة الحبس والغرامة التى لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه . وفى جميع الأحوال تقضى المحكمة بمصادرة للنسخ المقلدة والأدوات المستخدمة للتقليد ، وينشر ملخص الحكم الصادر بالإدانة فى جريدة يومية أو أكثر على نفقة المحكوم عليه . ويجوز للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تقضى بغلق المنشأة التى استغلها المقلدون أو شركائهم فى ارتكاب أحد الأفعال المشار إليها مدة لا تزيد عن ستة أشهر .

والحقوق التي يحميها النص السابق هي حق نشر المصنف واستغلاله مالياً (نقل المصنف للجمهور بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة) (المواد ٥ و ٦) ، وكذلك حق تعديل وتحوير المصنف (م ٧) ، وبحق المؤلف وحده في أن ينسب إليه مصنفه وفي أن يدفع أى اعتداء على هذا الحق وله كذلك أن يمنع الحذف أو التغيير في المصنف (م ٩) .

والجريمة المشار إليها من الجرائم العمدية التي يقوم ركنها المعنوي بالقصد الجنائي وعنصريه العلم والإرادة ، ومع ذلك ذهب جانب من الفقه إلى القول بافتراض توافر القصد الجنائي فحسن النية لا يفترض في جريمة التقليد وبعد توافر صورة من صور النشاط الإجرامي قرينة على توافر القصد الجنائي ومع ذلك فهي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس^(٣٣) ويقع على الجاني عبء إثبات حسن نيته^(٣٤) ، والرأى عندنا أن هذه الجريمة تقوم بالقصد الجنائي العام^(٣٥) ، والقول بأن القصد الجنائي مفترض يتعارض مع صراحة النص ومبادئ دستورية أساسية كقرينة البراءة ومبدأ شخصية المسؤولية الجنائية .

وبناء على ما سبق يعد مرتكباً للجريمة المنصوص عليها بالمادة ٤٧ من قانون حماية حق المؤلف من يقوم بتقليد موقعاً للإنترنت أو التعديل أو التحوير فيه دون موافقة صاحبه .

الفصل الثالث

تجريم الاعتداء على التجارة الإلكترونية

بدوقية لوكسمبورج

نظراً لخطورة أفعال الاعتداء على البيانات المحفوظة بالحاسبات فقد أعتبر جانب من الفقه وبعض أحكام القضاء هذه البيانات من قبيل المنقول الذي يمكن أن يكون محلاً لجرائم الاعتداء على الأموال (٣٦) .

ويكشف عدم إمكانية الأخذ بالرأى السابق أنه يتعارض مع مبادئ مستقرة بالقانون الجنائي وبصفة خاصة مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ومبدأ التفسير الضيق للنصوص العقابية أن المشرع في دوقية لوكسمبورج تدخل مباشرة بقانون التجارة الإلكترونية ليوسع من مفهوم المنقول . وذلك بتعديل قوانين مثل القانون المدني وقانون التجارة وقانون العقوبات ، كما غير من مفهوم المحرر في جرائم التزوير . وسوف نعرض لهذا القانون تفصيلاً نظراً لأنه واجه وبخصوص جنائية مباشرة الأعمال التي تهدد التجارة الإلكترونية .

ويكشف قانون التجارة الإلكترونية الذي تم إعداده في دوقية لوكسمبورج ، الذي تمت الموافقة عليه من مجلس النواب في ١٢/٧/٢٠٠٠ ، عن مدى اهتمام الدول الأوربية بتوفير الحماية للتجارة الإلكترونية ، وكذلك بعد النظر الذي يكشف عن الحاجة الملحة للتدخل المشرع لتغطية أوجه القصور في القوانين القائمة .

يلاحظ أن المشروع الخاص بقانون التجارة الإلكترونية لدوقية لوكسمبورج كان ينطوي على تعديلات أكبر في قانون العقوبات والإجراءات الجنائية من تلك التعديلات التي أدخلها القانون فيتضح من استقراء نصوص المشروع التوسع من مفهوم المنقول فحدد أن المنقول قد يكون مادياً BIEN CORPOREL وقد يكون معنوياً BIEN INCORPOREL ، وبالتالي تقع جريمة اختلاس الأموال العامة على الأموال غير المادية (المعنوية) (المادة ٤٠ من المشروع المعدلة للمادة ٢٤٠ من قانون العقوبات) .

وكان المشروع قد أعاد صياغة النصوص الخاصة بجرائم الأموال بحيث تقع على الأموال غير المادية فقرر المشروع أن السرقة تقع كذلك على الأموال غير المادية (المادة ٤١ المعدلة للمادة

٤٦١ من قانون العقوبات) . ويتضح أن المشروع تناول سرقة الأموال غير المادية بالنظر إلى قيمتها الاقتصادية ، واستخدم المشروع بدلاً من اصطلاح اختلاس SOUSTRACTION الذى يفترض أنه يقع على الأموال المادية تعبير ظهر كحائز (سيد) للمال غير المادى S'EST RENDU MAÎTRE D'UN BIEN INCORPOREL

واعتبر المشروع من أسباب تشديد عقوبة السرقة الكسر والتسور واستعمال المفاتيح المصطنعة واستعمال الوسائل الإلكترونية (المادة ٤٢ المعدلة للمادة ٤٦٧ من قانون العقوبات) . وبالتالي يلاحظ أن المعلوماتية لا تكون محلاً للاعتداء الإجرامى بل يمكن أن تكون وسيلة ارتكاب الجريمة .

واعتبر المشروع من الظروف المشددة للسرقة استخدام العنف أو التهديد من قبل المتهم عند ضبطه متلبساً بالسرقة واستخدام العنف أو التهديد للمحافظة على حيازته للأشياء المختلسة أو الأموال غير المادية التى ظهر مسيطراً عليها ... (المادة ٤٣ من المشروع المعدلة للمادة ٤٦٩ من قانون العقوبات) .

وأضاف المشروع إلى الأموال التى يمكن أن تكون محلاً للإبتيزاز الأموال غير المادية (م ٤٤ المعدلة للمادة ٤٧٠ من قانون العقوبات) .

وشدد المشروع عقوبة السرقة إذا وقعت على مكان مسكون وكان ذلك باستعمال مفاتيح مصطنعة إلكترونية (المادة ٤٥ المعدلة للمادة ٤٧١ من قانون العقوبات) .

وكان المشروع يعاقب القانون على خيانة الأمانة إذا كان محل الأمانة من الأموال غير المادية (م ٤٨ المعدلة للمادة ٤٩١ من قانون العقوبات) ، وعاقب المشروع على النصب إذا كان محله من الأموال غير المادية (م ٤٩ المعدلة للمادة ٤٩٦ من قانون العقوبات) .

وفيما يتعلق باستعمال العملة المزيفة والأوراق والذاكر والأختام والعلامات والطابع والرسائل التلغرافية والمكتوبة أضاف المشروع عبارة «وبما فيها المزورة إلكترونياً» (المادة ٣٩ المعدلة للمادة ٢١٣ من قانون العقوبات) .

وأما القانون فى صورته النهائية فقد تضمن نصوصاً تلطوى على تعديل أحكام القانون المدنى وقانون الإجراءات المدنية علاوة على تعديلات فى قانون العقوبات ، وقد وردت تعديلات هذا القانون الأخير بالمواد ٣٥ - ٤٥ ، ويمكن القول أن أهم تعديلات القانون تتعلق بمفهوم المنقول ومفهوم المحرر .

عددت المادة ٣٧ من القانون المعدلة للمادة ٤٨٧ من قانون العقوبات المفاتيح المصطنعة ومنها المفاتيح الإلكترونية واعتبرت في حكم المفتاح المصطنع المفتاح الإلكتروني الذي فقده مالكه أو الذي سرق منه والتي استخدمت في ارتكاب السرقة . وعاقب على اصطناع المفاتيح الإلكترونية (م ٣٨ المعدلة للمادة ٤٨٨ من قانون العقوبات) .

وعاقب القانون في المادة ٣٩ المعدلة للمادة ٤٩٨ من قانون العقوبات على إخفاء ، كلياً أو جزئياً ، الأشياء والأموال غير المادية المسروقة أو المختطفة أو التي تم الحصول عليها بارتكاب جناية أو جلبة . وكذلك عاقب المشرع على خداع المستهلك بتسليم مال يشابه المال المبيع في ظاهره سواء كان هذا المال من الأموال المادية أو غير المادية (م ٤٠ المعدلة للمادة ٥٠٥ من قانون العقوبات) .

وأضاف المشرع نصاً في القانون لم يكن موجوداً بالمشروع يتعلق بتجريم الدخول أو البقاء غير المشروع بصورة كلية أو جزئية بنظام لمعالجة أو لنقل البيانات إلكترونياً . وشدد العقوبة إذا ترتب على هذا العمل حذف أو تعديل البيانات الموجودة بالنظام (المادة ٤١ المعدلة للمادة ٥٠٩ من قانون العقوبات) . كما عاقب على أى إعاقة أو إخلال عمدي لتشغيل نظام لمعالجة أو نقل إلكتروني للبيانات ، دون مراعاة لحقوق الغير (المادة ٤٢ المعدلة للمادة ٥٠٩ من قانون العقوبات) . كما عدلت المادة ٤٣ من قانون التجارة الإلكترونية المادة ٥٠٩ من قانون العقوبات بحيث تعاقب الشخص الذى يقوم عمداً وبالإخلال بحقوق الغير بإدخال مباشر أو غير مباشر لبيانات بنظام لمعالجة أو نقل البيانات إلكترونياً أو بمحو أو إلغاء أو تعديل البيانات التى يحويها النظام أو أسلوب معالجته أو نقله للبيانات .

ويتضح من نصوص المواد ٤٣ - ٤١ أن المشرع بدوقية لوكسمبورج قد نقل صراحة عن المشرع الفرنسى نصوص المواد ١-٣٢٣ إلى ٣-٣٢٣ وقد سبق أن عرضنا لها تفصيلاً ، وهذا يكشف عن أن هذه النصوص يمكن أن تطبق فعلاً بشأن حماية مواقع الإنترنت ، وتؤكد عدم شعور المشرع الفرنسى بحاجة ملحة للتدخل فعلاً لتوفير حماية جديدة .

وبالنسبة للمحررات عدلت المادة ٣٥ من قانون التجارة الإلكترونية المادة ١٩٦ من قانون العقوبات فى شأن التزوير فأضافت فى النص الخاص بالتزوير كمحل للتزوير الكتابة الإلكترونية ECRITURE ÉLECTRONIQUE قصار لها ذات الحماية التى يوفرها المشرع الجنائى للمحررات (ذات الطبيعة المادية) ، كما أعتبر التوقيع الإلكتروني SIGNATURE ÉLECTRONIQUE (٣٧)

كالتوقيع الخطى التقليدى . واستبعد نص المادة ٣٦ المعدلة للمادة ١٩٧ من قانون العقوبات مصطلح المحرر (بمفهومه المادى) ACTE OU PIÉCE واقتصر على استخدام مصطلح المزور FAUX عند تناول أحكام جريمة استعمال الدعامات المزورة .

والنصوص الواردة بشأن اللزوير فى قانون التجارة الإلكترونية بدوقية لوكسمبورج تمثل ذات اتجاه المشرع الفرنسى حيث أن المادة ١ - ٤٤١ من قانون العقوبات الفرنسى الجديد قد وسعت من مفهوم اللزوير فلم تقصره على المحررات بمفهوماها المادى ولكن مدت الحماية لكل دعامه SUP-PORT للتعبير عن الإرادة .

والسؤال الذى يطرح نفسه هنا هو هل عدل المشرع فى دوقية لوكسمبورج فى مجال التجريم والعقاب عن اتجاهه فى اعتبار الأموال غير المادية محلاً لجرائم الاعتداء على الأموال كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة ؟

أرى أنه على الرغم من أن المشرع بدوقية لوكسمبورج لم يضمن القانون فى صورته النهائية تعديلات فى النصوص الخاصة بتجريم السرقة والنصب وخيانة الأمانة إلا أن النصوص التى أبقي عليها مازالت تعاقب على إخفاء الأشياء المسروقة والتى نص فيها صراحة على أن محل الإخفاء قد يكون من الأموال غير المادية بما يعنى أن السرقة أو غيرها من الجرائم (الجنح والجنايات) التى تقع على الأشياء أو الأموال يمكن أن يكون محلها من الأموال غير المادية . كما اعتبر المشرع فى الدوقية من ناحية أخرى المفتاح الإلكتروني المصطلع من الظروف المشددة لبعض الجرائم ومن بينها السرقة ومن غير المتصور استخدام المفتاح الإلكتروني إلا للوصول لما يسمى بالأموال غير المادية كقواعد البيانات الإلكترونية وأرقام واكواد وشفرات برامج الكمبيوتر وبرامج الكمبيوتر .

توصيات

- ١ - مناقشة المشرع تطوير القوانين التالية : قانون الإثبات وقانون الصرف وقانون العقوبات بما يتناسب مع متطلبات التجارة الإلكترونية وما تقتضيه بالدليل الإلكتروني على قدم المساواة مع الدليل الكتابي والاستفادة في ذلك من القوانين النموذجية الصادرة عن الانسيترال ، ومن تجارب الدول الأخرى .
- ٢ - تطوير الدراسات القانونية والاقتصادية لتناسب مع المتغيرات الحديثة في مجال التجارة الدولية وبصفة خاصة التجارة الإلكترونية .
- ٣ - إصدار مجموعة من التشريعات ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالتجارة الإلكترونية ، ومن أهم هذه التشريعات ما يتعلق بمكافحة الاحتكار ، وحماية المستهلك ، وحماية البيانات الشخصية ، حرصاً على احترام الحريات الفردية .
- ٤ - تشجيع الإدارات الحكومية التي تقدم خدمات للجماهير على استخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة في جميع صورها .
- ٥ - إلزام العاملين في أجهزة الدولة المختلفة باجتياز دورات تدريبية على استخدام الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت .
- ٦ - تطوير العمل في الجهاز المصرفي وسوق المال لاستخدام التقنيات الحديثة ، بما يتجارب مع حاجات التجارة الإلكترونية ، وما تتضمنه من استعمال وسائل الدفع الحديثة .
- ٧ - وضع معايير مرنة من أجل توفير الثقة والأمان في وسائل الاتصال المستخدمة في التجارة الإلكترونية بما يتجاوب مع المتغيرات المتسارعة في تقنية الاتصال .
- ٨ - تحديد الجهات التي يعهد القانون إليها بالتصديق على التوقيعات الإلكترونية ، ووضع التنظيم القانوني الملزم لعملها .

هوامش

- (1) [http : // www. cybercrime. gov/coedraft. htm](http://www.cybercrime.gov/coedraft.htm)
- (2) [http : // www. cybercrime. gov/coepress.. htm](http://www.cybercrime.gov/coepress..htm)
- (3) THE ELECTRONIC FRONTIER : THE CHALLENGE OF UNLAWFUL CONDUCT INVOLVING THE USE OF THE INTERNET, A Report of the President's Working Group on Unlawful Conduct on the Internet, [http : // www. usdoj. gov/ criminal / cybercrime/ unlawful. htm](http://www.usdoj.gov/criminal/cybercrime/unlawful.htm).
- (4) MICHEL KESSLER, L'INVESTISSEMENT INFORMATIQUE DE L'ENTREPRISE ET SA PROTECTION PÉNALE, GP. 1990, Doct. P. 6.
- (5) GABRIEL ROUJOU DE BOUBÉE, BERNARD BOULOC, JACQUES FRANCILLON, YVES MAYAUD, op. cit., pp. 610 et s.
- (٦) دكتور على عبد القادر القهوجي ، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً ، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ، كلية الشريعة والقانون ، الفترة من ١-٣ مايو ٢٠٠٠ ، مجموعة أعمال المؤتمر ، جامعة الإمارات العربية المتحدة .
- (7) JEROME HUET ET HERBERT MAISL, DROIT DE L'INFORMATIQUE ET DES TÉLÉ-COMMUNICATION, LITEC, 1989, no 707.
- (8) GABRIEL ROUJOU DE BOUBÉE, BERNARD BOULOC, JACQUES FRANCILLON, YVES MAYAUD, op. cit., pp. 611 et s.
- (9) ALAIN BENSOUSSAN, INTERNET, ASPECTS JURIDIQUES, HERMES, 1996, 1997, P. 108.
- (10) HENRI ALTERMAN, LA FRAUDE INFORMATIQUE, GP. 1988, Doct., P. 530.
- (١١) دكتور جميل عبد الباقي الصغير ، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة ، الكتاب الأول ، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي ، ١٩٩٢ ، دار النهضة العربية ، ص ١٥٠ .
- (١٢) دكتور على عبد القادر القهوجي ، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً ، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ، كلية الشريعة والقانون ، الفترة من ١-٣ مايو ٢٠٠٠

(13) GABRIEL ROUJOU DE BOUBÉE, BERNARD BOULOC, JACQUES FRANCILLON, YEYES MAYAUD, op. cit., p. 612.

(14) GABRIEL ROUJOU DE BOUBÉE, BERNARD BOULOC, JACQUES FRANCILLON, YEYES MAYAUD, ibid., p. 612.

(١٥) دكتور على عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق .

(16) ALAIN BENSOUSSAN, INTERNET, ASPECTS JURIDIQUES, op. cit., p. 109.

(17) HENRI ALTERMAN, LA FRAUDE INFORMATIQUE, op. cit.

(١٨) دكتور على عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق .

(19) HENRI ALTERMAN, LA FRAUDE INFORMATIQUE, ibid.

دكتورة هدى حامد قشقوش ، الإلتاف العمدي لبرامج وبيانات الحاسب الإلكتروني ، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ، كلية الشريعة والفنون ، الفترة من ١-٣ مايو ٢٠١١ مجموعة أعمال المؤتمر ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ..

(20) GABRIEL ROUJOU DE BOUBÉE, BERNARD BOULOC, JACQUES FRANCILLON, YEYES MAYAUD, op. cit., p. 613.

(21) CHRISTIANE FÉRAL-SCHUHL, op. cit, p. 40.

(٢٢) دكتور على عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق .

(23) VALÉRIE SEDALLIAN, CREATION D'UN SITE SUR L'INTERNET, ASPECTS JURIDIQUES, [http : // Internet - juridique. net/chroniques/sitejuridique. html](http://Internet-juridique.net/chroniques/sitejuridique.html)

(24) [http : // www. cybercrime. gov / coedraft. htm](http://www.cybercrime.gov/coedraft.htm)

(25) R. MARK HALLIGAN, ESQ., RECENT INTELLECTUAL PROPERTY LAW DEVELOPMENTS ON THE INTERNET, [http : // www. execpc. com/ fihallign/internet. html](http://www.execpc.com/fihallign/internet.html)

(26) CHRISTIANE FÉRAL-SCHUHL, op. cit., p. 10

(27) ALAIN BENSOUSSAN, INTERNET, ASPECTS JURIDIQUES, HERMES, 1996, 1997, P. 45.

(28) ALAIN BENSOUSSAN, INTERNET, ibid., p. 47.

(29) "Recueil d'œuvres, de données, ou d'autres, éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par moyens électroniques ou par tout autre moyen".

(30) CHRISTIANE FÉRAL-SCHUHL, op. cit., p. 12

(31) Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 Mars 1996 concernant la protection des bases de données : JOCE, no. L77/20 du Mars 1996.

(٣٢) دكتور محمد حسام محمود لطفى ، حقوق المؤلف فى ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء - دراسة تحليلية للقانون المصرى ، القاهرة - ١٩٩٩-٢٠٠٠ ، ص ٣٢ .

(٣٣) دكتور على عبد القادر القهوجى ، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً ، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ، كلية الشريعة والقانون ، الفقرة من ٣-١ مايو ٢٠٠٠ .

(٣٤) دكتور محمد حسام محمود لطفى ، المرجع السابق ، ص ٧٢ .

(٣٥) دكتور أسامة عبد الله قايد ، الحماية الجنائية لحق المؤلف ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ١٩٩١ ، دار النهضة العربية ، ص ٧٣ وما بعدها .

(٣٦) سبق أن تناولنا هذه المسألة تفصيلاً فى بحثنا عن جرائم الاعتداء على الأشخاص والإنترنت ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٣ وما بعدها .

(٣٧) أضافت المادة السادسة من قانون التجارة الإلكترونية المادة ١-١٣٢٢ إلى القانون المدنى والتى تنص على أن التوقيع اللازم لإتمام عمل بإمضاء شخصى يميز من قام به ويكشف عن موافقته على محتوى العمل ، ويمكن أن يكون خطياً أو إلكترونياً . والتوقيع الإلكتروني هو مجموعة من المعطيات (البيانات) والمتصلة بصورة لا يمكن فصلها بالعمل والتى تضمن تكاملة وفقاً للشروط الواردة بالفقرة الأولى من هذه المادة .

**قيمة مستخرجات
التقنيات العلمية الحديثة
ومدى حجيتها فى الإثبات المدنى**

دكتور

أسامة أحمد شوقى المليجى

أستاذ قانون المرافعات المساعد

كلية الحقوق - جامعة القاهرة

مقدمة

١ - لم يعد تدخل القاضى فى تسيير إجراءات الخصومة محل جدل وإن كانت هناك بعض التساؤلات التى تثور بخصوص دوره الحالى فى عملية الإثبات بالدعوى ، خاصة بعد التطورات التى لحقت بتكنولوجيا المعلومات . ووسائل الاتصال عند بعد .

فإذا كان من المستقر أن على القاضى أن يقضى بالعدل وأن يسيطر على سير الخصومة ويراقب موضوع إلقاء عبء على عاتق أحد الخصوم ، فإن تحديد نطاق هذه المهمة لازال محل نقاش وخلاف .

- وقد زادت المشكلة تعقيداً نتيجة للتطور العلمى المذهل فى مجالات نقل المعلومات ووسائل الاتصال . فقد أدى ذلك لوجود نظم فنية جديدة لمعالجة المعلومات والبيانات أو لاتمام التعاملات بين الأشخاص .

وقد أثارت هذه التكنولوجيا الجديدة فى مجال الإثبات تساؤلات قانونية عديدة بعضها - رغم ما يثيره من صعوبات عند بحثه - تدعو الحاجة إلى إيجاد إجابة له لمسايرة التقدم العلمى المستمر .

٢ - فالحقيقة أن دور القاضى فى إقامة الدليل يتزايد يوماً بعد يوم سواء من حيث منحه إمكانية الأخذ بزمam المبادأة فى تحديد الطريق الواجب الاتباع عند الإثبات أو من حيث توسيع سلطته الرقابية على أدلة الإثبات المقدمة . هذه الزيادة تتزامن مع التطور الكبير فى تكنولوجيا المعلومات التى أصبحت تضم وسائل جديدة لتبادل المعلومات والبيانات ولابرام الاتفاقيات والمعاملات بين الأفراد .

فإذا كانت تكنولوجيا المعلومات تثير - بصورة عامة - مشكلات تتعلق بالإثبات أو بحفظ المعلومات ، فإن انعدام الثقة الذى ينشأ عن استخدامها ، يؤثر - بصفة خاصة على التبادل الإلكتروني للمعلومات فى علاقات العمل التى تقوم بين رجال الأعمال أو عند إبرامهم للعقود مع الأفراد .

فهذه التكنولوجيا عالية المستوى الفنى لها قيمة كبيرة لا يمكن إنكارها فى الإثبات ، ولو كانت كدلالة أو كقرينة يمكن اعتبارها بداية للدليل الكتابى ذى القيمة الإثباتية . فالمعلومات أو البيانات التى يمكن حفظها بمعرفة مصدرها أو من يتلقاها بحيث يمكن التمسك بها عند المنازعة فيها يمكن

للقاضى أن يثق بها إذا كان تسجيلها قد تم وفقاً لأسلوب منظم بطريقة جيدة . إلا أنه لا يمكن منع احتمال وجود خطأ أو عيب فى عملية نقل المعلومات والبيانات سواء من جانب المصدر أو من جانب وسائل النقل والاتصال .

٣ - فالواقع أن زيادة حجم البيانات والمعلومات التى تلتزم المنشآت بحفظها خلال فترة زمنية طويلة ، تثير لها مشكلة إيجاد مكان لحفظ المستندات التى تحتوى على هذه البيانات ، والتى عادة ما تحفظ فى الأرشيف L'archive ، وهو ما يحتاج لمساحة كبيرة غالباً ما تفتقدها هذه المنشآت . لذلك جاء اختراع الحاسب الآلى «Ordinateur» ليساهم فى حل هذه المشكلة بتخفيض حجم المحررات والمستندات واجبة الحفظ ، حيث يقوم بحفظ المعلومات بداخله دون حاجة إلى حيز أو حجم كبير . وقد زادت الفائدة بالاندماج التى تم بين المعلوماتية (L'informatique) والاتصالات عن بعد (Les télécommunications) فيما يسمى بالمعلوماتية عن بعد (La télématique) حيث سمحت هذه الأخيرة بإضافة إمكانية جديدة تتمثل فى إبرام العديد من العمليات مثل التحويل الإلكتروني للأموال أو الاستشارات الخاصة ببنوك المعلومات وغيرها من الأمور الأخرى المتعلقة بتبادل البيانات .

٤ - على الرغم مما سبق بيانه من أهمية لهذه الوسائل الفنية الجديدة ، فأنها تثير العديد من التساؤلات القانونية الصعبة خاصة فى مجال قانون الإثبات . فهل معالجة وحفظ المعلومات فى شكل مستندات ومحررات معلوماتية (documents informatiques) مثل الشرائط الممغنطة Bandes magnetiques وشرائط الفيديو Disques - وشرائط وتسجيلات الحاسب الآلى Lis- tings d'ordinateurs - والمصغرات الفيلمية لما يخرج من الحاسب الآلى "microfilms de sortie d'ordinateur" . يمكن أن يعتبر بمثابة إعداد لدليل يمكن أن يتمسك به عند نشأة النزاع ؟ خاصة وأن القاعدة العامة تقضى بأن دليل الإثبات لن تكون له قيمة إلا إذا لم يكن صادراً ممن يتمسك به (Un élément de preuve n'a de Valeur que s'il n'émane pas de celui qui s'en Provoit).

وهل التعاملات التى تتم اليوم من خلال الحاسب الآلى وتسمى بالمعاملات الناشئة عن استخدام تكنولوجيا المعلوماتية عن بعد (transactions télématiques) يمكن أن تجيب على التساؤل الخاص بالشروط القانونية لإثبات الأعمال القانونية ؟ .

- كل التساؤلات والمشكلات التي ذكرناها سنحاول الإجابة عليها أو إيجاد حلول لها من خلال تقسيمنا لدراستنا إلى فصلين أساسيين :

الأول : ويتناول مشكلات الإثبات التي يثيرها استخدام التقنيات العلمية الحديثة سواء كانت وسائل معلوماتية أو وسائل معلوماتية عن بعد .

والثاني : ويعالج مدى قبول مستخرجات التقنيات الحديثة في الإثبات أمام المحاكم المدنية .

الفصل الأول

مشكلات الإثبات التي يثيرها استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة

٥ - إن تنظيم التبادل الإلكتروني للمعلومات أصبح الآن مطلباً ملحاً مع ضرورة تنظيم أيضاً عبء الإثبات . فالمشكلة الأولى التي يتعين التعرض لها تتمثل في المخاطر التي تتعرض لها المستندات والمعلومات التي يتم تبادلها عن طريق وسائل المعلوماتية الحديثة (L'informatique et La télématique) وكيفية تلافيها أو التخفيف من آثارها . والمشكلة الأخرى - مما ذكرنا - تمثل في محاولة الإقلال من حالات الخروج على المبدأ العادل الذي يمنع إعداد الشخص - المتحمل بعبء الإثبات - لدليل الإثبات بنفسه لكي يتمسك به أمام القضاء .

المبحث الأول

المخاطر التي تتعرض لها البيانات والمعلومات المتبادلة عن طريق التقنيات العلمية الحديثة

٦ - سوف نتناول في هذا المبحث أخطار الأخطاء التي يمكن أن تصيب بيانات ومعلومات صادرة عن وسائل تقنية حديثة (مطلب أول) ثم أخطار الغش في نقل المعلومات والبيانات التي تحتويها هذه التقنيات (مطلب ثان) .

المطلب الأول

مخاطر الخطأ

Risques d'erreurs

٧ - تختلف مصادر الخطأ الذي قد يهدد سلامة وصحة المعلومات والبيانات الصادرة عن وسائل التقنية الحديثة للاتصال . فهناك الخطأ البشري والخطأ الفني والخطأ الذي يرجع إلى عوامل خارجية طبيعية .

(١) الخطأ البشري : ويعتبر الخطأ الأكثر حدوثاً لارتباطه بعملية إدخال البيان أو المعلومة في وسيلة الاتصال حيث تعتمد هذه العملية في الغالب على الإدخال اليدوي . ويطلق على القائم بهذه

العملية اسم المبرمج **Programmeur** الذى قد يقع فى خطأ فى تصميم البرنامج أو فى المعلومات الموضوعية به أو فى تشغيله . وأخيراً قد يتمثل الخطأ فى ربط البرنامج بجهاز الحاسب وفى نقل المعلومة أو البيان إليه . ولما كان من الصعب إقامة الدليل على صحة سلامة إدخال المعلومات والبيانات إلى الجهاز المستخدم أو نقلها يدوياً إلى جهاز آخر ، فقد دفع ذلك البعض - من أجل علاج هذا الوضع - أن يقترح نقل عبء الإثبات وإلزام المدعى عليه بإثبات خطأ هذه العملية .

(٢) الخطأ الفنى : عندما يتبين أن الخطأ راجع إلى الاستخدام السيء لبرامج الحاسب أو للأجهزة أو للأساليب المعدة لنقل المعلومات والتي تربط بين أنظمة معلوماتية متعددة ، فإن الخطأ يوصف بأنه فنى . وإن كانت حقيقة الأمر أن نسبة الخطأ الفنى تعد ضئيلة ، خاصة إذا كانت عملية إدخال المعلومات ونقلها يتم آلياً ، طالما كانت الأجهزة التقنية المستعملة تعد دقيقة وتخضع للرقابة المستمرة .

لذلك نجد أنه بفضل التقدم العلمى ، فإن الأخطاء التى يمكن أن تحدث نتيجة لعيوب فى الأجهزة أو فى أنظمة الحاسب الآلى أصبحت قليلة وإن كان تكرار وقوعها قد يؤدى إلى نتائج خطيرة ، على خلاف الحال بالنسبة للعيوب التى يمكن أن تلحق بذات أنظمة الاتصال التى مازالت تعد كثيرة ومؤثرة .

(٣) الخطأ الخارجى : آخر أنواع الأخطاء ، ويرجع إلى الأجواء المحيطة بالبيئة التى توجد بها الأجهزة المستخدمة فى عملية تسجيل ونقل المعلومات . فسوء الأحوال الجوية من اختلاف فى درجات الحرارة والرطوبة وانتشار الأتربة والرمال ، فضلاً عن وجود مؤثرات كهرومغناطيسية أو كهرواستاتيكية أو اهتزازات خارجية أو انقطاع للكهرباء التى تغذى هذه الأجهزة ، قد يؤدى كله إلى حدوث أعطال تهدد سلامة المعلومات والبيانات من حيث إمكانية تخزينها أو نقلها .

٨ - والحقيقة أن استخدام الوسائل الحديثة لنقل المعلومات وتبادلها عن بعد ، حد بعض الشئ من مخاطر الخطأ التى كان من الممكن أن تحدث خلال عملية إدخال البيانات (Saisine) أو اعدادها (Préparation) أو حفظها (Conservation) أو نقلها (transmission) ، وإن كانت احتمالات الخطأ لازالت واردة وعند حدوثه ، فإن آثاره تكون أكثر خطورة منها عند استخدام الطرق التقليدية لنقل المعلومات ، بالنظر إلى حجم العمليات التى ينجزها كل جهاز فى وقت موجز .

ولكن كما ذكرنا من قبل ، فإن إخضاع أجهزة التقنية الحديثة للرقابة المستمرة ، يمكن أن يسمح بإلقاء عبء الإثبات في حالة الادعاء بوجود عيوب تمس هذه الأجهزة أو انظمتها على عاتق من أقيم الدليل على حسن وانتظام عمل هذه الأجهزة . وهذا ما أخذت به محكمة استئناف باريس في حكم مشهور لها عندما رفضت أن تنسب إلى أحد عملاء بنك معين سحب مبلغ من النقود من أحد أجهزة السحب الأتوماتيكي بواسطة بطاقته الخاصة التي أدعى سرقتها ووفقاً لرقمه السري استناداً إلى أن :

“Il n'est pas exclu par suite d'une défaillance du système de sécurité du distributeur, celui-ci puisse fonctionner à l'aide de la seule carte sans le secours du numéro de code personnel” .

وفي هذه الحثيات افترضت المحكمة إمكانية تعيب جهاز السحب الآلي مما قد يسمح بإمكانية السحب منه دون تقديم الرقم السري للحساب ، مما يوحي بأن البنك لم يتقدم بالدليل على قيامه بأعمال الرقابة اللازمة لأجهزة السحب الآلي .

وقد كان هذا الاتجاه محل نقد من جانب بعض الفقه على أساس أنه من غير المنطقي افتراض تعيب أجهزة المعلوماتية والالزام بإثبات العكس أي سلامة هذه الأجهزة في حين أن الواقع يدعو إلى افتراض سلامتها وحسن أدائها لعملها والزام من يدعى خلاف ذلك بإثبات ما يدعيه .

المطلب الثاني

مخاطر الغش المعلوماتي

Risques de fraude informatique

١ - فكرة الغش المعلوماتي :

٩ - تمثل هذه المخاطر تهديداً حقيقياً لعملية الإثبات من خلال وسائل الاتصال والمعلومات الحديثة ، مما يتطلب منا إعطاء اهتمام أكبر بمواجهتها حتى يمكننا الاستفادة من التطور الهائل الذي لحق ، ويلحق بهذه الوسائل . ويرجع البعض هذا التهديد إلى ضعف التدخل الإنساني المباشر ، من جانب بعض أطراف العلاقة مما يتيح للطرف الآخر إمكانية التدليس والغش . ويلاحظ أن الغش يتميز بطبيعية عمدية لأنه يجد عادة مصدره في تصرف إنساني غير مشروع .

كما يتميز الغش أيضاً بصعوبة إثباته ، خاصة وأنه لا يرد على بيانات مكتوبة يمكن مراجعتها وكشفه ، وإنما يتم عادة دون ترك أى أثر مكتوب مع سهولة اخفائه وإزالة أثره فى وقت قصير للغاية . فضلاً عن أنه يتم فى غالب الأحوال من مسافات بعيدة وذلك بمجرد إعطاء الأمر والتعليمات للحاسب الآلى .

وأيضاً من أسباب صعوبة الكشف عن الغش ، المجنى عليه نفسه ، الذى يؤثر عادة الصمت رغبة فى الإبقاء على ثقة عملائه فى أنظمتهم الالكترونية - وبصفة خاصة إذا تعلق الأمر بمؤسسة مالية كبيرة أو بنك معروف .

ويظهر ذلك واضحاً فى حالات اختلاس الأموال من البنوك أو الشركات عن طريق أحد العاملين بها الذى يعلم المفاتيح والأرقام السرية للدخول إلى نظم المعلومات والحاسب الآلى لجهة عمله حيث يقوم ببرمجتها من أجل تحقيق هذا الهدف .

٢ - وسائل الغش المعلوماتى :

١٠ - يمكن أن يتحقق ذلك بمعرفة أى شخص آخر ينجح فى الدخول على أى نظام معلوماتى (Imformatique) أو خاص بحاسب آلى (Ordinateur) ثم يستعمله لحسابه مستغلاً أن استعمال وسائل المعلوماتية عن بعد (télématique) يمكن أن يسهل هذا الدخول المخالف -والذى يطلق عليه القرصنة على نظم المعلومات أو على نظم المعلوماتية عن بعد (Sabotage Informatique ou télématique) - عن طريق تعطيل شبكة الاتصالات من خلال اختلاق تزامم لخطوط الهاتف الخاصة بالنظام المستهدف .

وقد يتحقق هذا الغش أيضاً من خلال الاستخدام السىء (L'utilisation abusive) لمن يملك الدخول على نظام معلوماتى معين أو من خلال استخدام نظام النقل الآلى للأموال بالتجاوز للحدود التى يسمح بها الحساب المصرح به من البنك المجنى عليه .

وأيضاً من صور الغش المعلوماتى ، إطلاق فيروس داخل البرنامج يؤدي إلى تلوته وتلفه وذلك دون أن يتم اكتشافه ، مما يصيب البرنامج الحقيقى والبيانات المسجلة عليه .

كذلك قد يتم الغش من خلال تزيف بطاقات الائتمان بتغيير الشريط المغنط الثابت عليها أو عن طريق تقليد الحروف البارزة الموجودة على البطاقة .

١١ - والحقيقة أن ما يساعد على تعدد حالات الغش والتدليس في هذا المجال هو كثرة أجهزة وبرامج الحاسب الآلى (Ordinateurs - Logiciels) المستخدمة ، فضلاً عن كثرة العمليات التي تتم من خلالها ، مما يهدد شبكة المعلوماتية عن بعد بالتعرض للمخاطر السابقة .

لذلك ذهب البعض إلى أن المعلومة أو البيان البسيط المخزن بالحاسب يكون أقل عرضه لهذه المخاطر من المعلومة أو البيان ذو القيمة الكبيرة الذي يكون محلاً لعمليات أكثر تعقيداً :

“Une donnée simplement stockée en ordinateur sera moins exposée qu’une donnée à haute Valeur ajoutée soumise de ce fait à un traitement plus Complexe”.

٣ - طرق مواجهة الغش المعلوماتى :

١٢ - تعدد الوسائل المختلفة لمواجهة صور الغش المعلوماتى ، مما أدى إلى تخفيف آثار المشاكل الناشئة عنه . فقد تم استخدام أرقام سرية عند استعمال البطاقات البنكية ثم اللجوء إلى البطاقات ذات الذاكرة "carte à memoire" والمشتعلة على أكثر من خمسة أرقام . وأخيراً استخدمت تقنيات حديثة توصل بكمبيوتر مركزى من خلاله يمكن الكشف عن البطاقة المسروقة أو المزورة .

وقد اهتمت التشريعات المختلفة بتجريم محاولات الغش المعلوماتى ، ومنها التشريع الفرنسى رقم ٨٨/١٩ الصادر فى ٥ يناير سنة ١٩٨٨ الذى يجرم الدخول غير القانونى فى أى نظام معلوماتى بفصد القرصنة أو التخريب أو الأفساد ، حيث يعاقب على مثل هذه التصرفات . فنجدده يضيف المادة ٢/٤٦٢ إلى مواد قانون العقوبات الفرنسى وذلك فى الفصل الخاص ببعض الجرائم المرتكبة فى مجال المعلوماتية - لكى تعاقب على أى تدخل غير قانونى - كامل أو جزئى - فى نظام معلوماتى بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من ٢٠٠٠ فرنك إلى ٥٠ ألف فرنك أو باحدى هاتين العقوبتين . فإذا ترتب على هذا الدخول غير المشروع أى إلغاء أو تغيير للمعلومات أو البيانات التى يتضمنها النظام أو افساد بعمل النظام ، كانت العقوبة الحبس من شهرين إلى سنتين والغرامة من ١٠ آلاف إلى ١٠٠ ألف فرنك .

كذلك القانون الانجليزى الصادر فى ١٩٩٠/٨/٢٩ والخاص بالاستخدام السيئ للحاسب الآلى "The computer misuse act" يعاقب على السطو على برامج الحاسب الآلى ، وعلى إدخال الفيروسات داخل النظم المعلوماتية بالغرامة والحبس .

المبحث الثانى

قاعدة عدم جواز اصطناع الشخص لنفسه دليل اثبات بنفسه

١٣ - الأصل أن للخصم الحق فى إقامة الدليل على ما يدعيه ، بل يجب عليه ذلك . وهنا يبدو بوضوح الدور الإيجابى للخصوم فى عملية الإثبات . فالخصم له الحق فى إثبات دعواه ، وللخصم الآخر الحق فى إثبات العكس . إلا أن هذه الإيجابية يحد منها قاعدة عدم جواز اصطناع الخصم دليلاً لنفسه لكى يثبت دعواه ، وإن كانت هذه القاعدة ذاتها ترد عليها بعض الاستثناءات لحكمه معينة أرتها المشرع . لذلك يتعين التعرض - بداية - لحق الخصم فى الإثبات (المطلب الأول) ، ثم نتناول بعد ذلك المبدأ الخاص بضرورة أن يكون الدليل صادراً من الخصم الذى يتمسك به فى مواجهته (المطلب الثانى) .

المطلب الأول

إطار حق الخصم فى الإثبات

١ - الحق فى الإثبات :

١٤ - الأصل هو براءة الذمة . فمن ادعى انشغال ذمة غيره يحق عليه إقامة الدليل على ذلك .

فالتزامه بإثبات ما يدعيه هو التزام إيجابى . فالخصم عليه أن يقدم للقضاء جميع ما تحت يده من أدلة بالطرق التى رسمها القانون . وهو فى ذلك يتمتع - أيضاً - بحق انتفعت عليه الشرائع ، وأيده الشراح - فله أن يثبت دعواه ، فإن منعه القاضى أو لم يمكنه من ذلك ، اعتبر مخرلاً بحق أساس من حقوق الدفاع ، وكان موقفه هذا سبباً للطعن على حكمه .

كذلك لا يجوز للخصم الآخر والغير تعطيل حق الخصم فى الإثبات بسوء نية أو بعنت من جانبه . بل يفرض المشرع على الخصم أو الغير - فى حالات محددة نصت عليها المواد من ٢٠ إلى ٢٧ من قانون الإثبات - التزام بتقديم أى محرر منتج فى الدعوى يكون تحت يده أو عرض شىء يحوزه أو يحزره تعلق به حق مدعى به من شخص آخر .

١٥ - وحق الخصم في الإثبات لا يتعلق بصفته في الخصومة - مدعى أم مدعى عليه - بل يثبت له بمجرد كونه خصماً في الدعوى . فكل دليل يقدم من الخصم لإثبات دعواه يعنى أن للخصم الآخر الحق في نقضه وإثبات عكسه . فتقضى المادة ٦٩ من قانون الإثبات بأن الأذن لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق . كذلك إذا كان الدليل المقدم من الخصم ثانياً بالكتابة ، جاز للخصم الآخر إثبات عكسه بكتابة مماثلة .

١٦ - والأصل أيضاً ، أن الخصم لا يلزم بتقديم دليل ضد نفسه ، بمعنى أن له أن يتخير من أدلة الإثبات ، التي يتمسك بها لإثبات ما يدعيه ، ما يكون في صالحه ويوجب أى دليل ينهض ضده . وفى ذلك قضت محكمة النقض في حكم شهير لها بأن « لا يجبر الخصم على أن يقدم دليلاً يرى أنه ليس في مصلحته . فإن من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به . وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد تقديمه » . إلا أنه بمجرد تقديمه للدليل في الدعوى - من تلقاء نفسه - للاستناد إليه في إثبات ما يزعمه ، فإن للخصم أن يستخلص من هذا الدليل ما قد يكون في صالحه لإثبات دعواه . بل للمحكمة أن تستخلص من المستند الذى تقدم به أحد الخصوم لصالحه دليلاً ضده . إلا أن هناك حالات تعتبر استثناء على هذا الأصل ، أجاز فيها المشرع لأحد طرفي الخصومة أن يجبر الخصم على تقديم ما تحت يده من محررات يرى أنها منتجة في الدعوى .

٢ - القيود التي ترد على حق الإثبات :

١٧ - حق الخصم في الإثبات ليس مطلقاً ، بل ترد عليه بعض القيود :

(أ) مبدأ حضورية الأدلة (المجابهة بالدليل) :

١٨ - مهما كان حق الخصم في الإثبات وفي تقديم ما يشاء من أدلة لتأييد دعواه ، فإن أى دليل يقدم في الدعوى يتعين أن يعرض على خصمه حتى يتمكن من مناقشته وتغييره والرد عليه .

فالدليل الذى لا يعرض على الخصم لا تستطيع المحكمة أن تأخذ به . فلا يجوز للقاضى أن يبني حكمه على ما يستخلصه من أوراق أو إجراءات إثبات قدمت في قضية أخرى ولو كانت منظورة بين الخصوم أنفسهم ، إلا أن تضم إلى قضية النزاع وتقع تحت بصر الخصوم بين عناصر الإثبات التي يمتد إليها دفاعهم . هذا المبدأ الذى يعرف أيضاً بمبدأ المجابهة بالدليل دفع المشرع

إلى تقرير حق الخصم فى طلب تأجيل نظر الدعوى للاطلاع على المستندات المقدمة من خصمه والرد عليها ، بل أوجب المشرع على المحكمة فى حالة قبولها لمستند مقدم من أحد الخصوم فى الجلسة ، أن تؤجل نظرها لحين اطلاع الخصم الآخر عليه (مادة ٩٧ مرافعات) .

– فإذا كانت المحكمة ملزمة بعرض الدليل على الخصم لمناقشته ، فإن دورها ينتهى عند هذا الحد ولا تكون ملزمة بتكليفه بتقديم الدليل على دفاعه أو لفت نظره إلى مقتضيات هذا الدفاع .

(ب) الإلتزام فى الإثبات بالوسائل والإجراءات التى حددها القانون :

١٩ – على الخصم – مدع أم مدعى عليه – عند قيامه بإثبات ما يدعيه ، أن يلتزم بوسائل الإثبات التى حددها المشرع . فلا يجوز أن يلجأ إلى الإثبات بالشهادة فى حالات لا يجيز فيها القانون الإثبات إلا بالكتابة . وعليه أن يتقدم بما عنده من الأدلة لإثبات دعواه وفقاً للقواعد والإجراءات التى تتطلبها القانون . فالتقيد بهذه الإجراءات يعد تكمله لمبدأ المجابهة بالدليل . فهناك ارتباط وثيق بين إدعاء الخصم وأدلة الإثبات التى يقام عليها والتى تحدد جوهر هذا الادعاء ، .

فعلى الرغم من أخذ المشرع المصرى بمذهب الإثبات المختلط الذى يترك مساحة يتحرك فيها الخصم من أجل إثبات دعواه إلا أنه يلزمه عند تقديم الدليل الذى يرى أنه بعضض موقفه ، باتباع الإجراءات التى رسمها لتقديمه وطرحه أمام القاضى .

(ج) الإلتزام بإقامة الدليل على الوقائع الصالحة للإثبات :

٢٠ – لا يجوز للخصم أن يطلب من القاضى إثبات واقعة لم تتوافر لها الشروط التى تتطلبها المشرع فى الواقعة محل الإثبات من حيث ضرورة كونها جائزة القبول ومتعلقة بالدعوى ومنتجة فيها (مادة ٢ إثبات) .

فالمحل الأساسى للإثبات هو الواقعة التى يترتب عليها القانون أثرٌ معينٌ وهى تسمى بالواقعة القانونية . فإثبات الحق أو الإلتزام ينصب أساساً على الواقعة المنشئة للحق والتى تعتبر مصدراً له وليس على الحق ذاته . فالبائع الذى يدعى بحق له فى ثمن المبيع فى ذمة المشتري ، عليه إثبات الواقعة مصدر حقه والمتمثلة فى عقد البيع . وتعتبر الواقعة القانونية هنا تصرفاً قانونياً . ويمكن أن تكون مجرد واقعة مادية يترتب عليها القانون أثرٌ محددٌ مثل الفعل الضار الذى يترتب عليه المشرع – فى حالة ثبوته – الإلتزام المدين بدفع تعويض لمن أصابه ضرر .

ويخضع تقدير ما إذا كانت الواقعة المراد إثباتها تتوافر فيها الشروط القانونية من عدمه لقاضى الموضوع . لذلك قضى بأن تقدير ما إذا كانت الوقائع المطلوب إثباتها بالبينة منتجة فى الدعوى أم لا من سلطة محكمة الموضوع .

(د) حرية القاضى فى تقدير الدليل :

٢١ - يتمتع القاضى بسلطة كاملة فى تقدير كل دليل أو مستند يقدمه إليه الخصوم وذلك وفق ما يطمئن إليه ضميره ، وما يرتاح إليه وجدانه وشعوره . وهو فى تقديره للدليل لا يخضع لرقابة محكمة النقض . فقد قضى بأنه لا يجوز النعى على تقدير المحكمة لأخذها بشهادة شاهد اطمأنت إليه . فهى ليست ملزمة بتسبب قرارها بالاطمئنان أو عدم الاطمئنان لشهادة شخص معين ، أما إذا أوردت أسباباً لذلك ، فيتعين أن تكون أسباباً سائغة . فمحكمة الموضوع تقدر كل دليل أو مستند أو واقعة وتوازن بين الأدلة دون رقابة من محكمة النقض . فهى تستقل فى الأخذ بالدليل أو إطراره ما لم تكن له حجية معينة حددها القانون . فإذا حمل تقدير القاضى للدليل معنى التعسف ، ولم يستند إلى منطق معقول تقبله محكمة النقض ، خضع لرقابتها .

- ويترتب على حرية القاضى فى تقدير الدليل ، أنه يستطيع استعمال أدلة الإثبات المقدمة من الخصوم ، فيستخلص منها ما يؤدى إلى تكوين إقتناعه دون أن يتقيد بما ذهب إليه الخصوم عند تقديمها . كما لا يتقيد القاضى عند الحكم فى موضوع النزاع بما أسفر عنه إجراء الإثبات الذى أمر به ، فيجوز له ألا يأخذ بنتيجة الإجراء شريطة أن يبين أسباب ذلك فى حكمه (مادة ٩ إثبات) .

فالقاضى له مطلق الحرية فى تكوين عقيدته سواء من نتائج إجراءات الإثبات التى أمر بها أو من غيرها من القرائن والمستندات المقدمة فى الدعوى .

المطلب الثانى

صدور الدليل من الشخص الذى يئتمسك به فى مواجهته

١ - القاعدة :

٢٢ - إذا كان للخصم الحق فى إقامة الدليل على دعواه ، فالأصل أن يكون هذا الدليل صادراً من خصمه نفسه حتى يمكن الاحتجاج به عليه . فإذا كان دليلاً كتابياً ، تعين أن يكون بخط الخصم أو يحمل توقيعهِ حتى يمكن التمسك به فى مواجهته ، فالشخص لا يملك أن يتخذ من عمل نفسه

لنفسه دليلاً يحتج به على الغير . فالحديث الشريف يقول : « ولو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعى » . فلا قيمة لما يصنعه الشخص بنفسه من وسائل يدعى أنها أدلة ثم يحتج بها على خصمه . وفى هذا يقول الفقيه الفرنسى جوسران أن :

“Nul ne pouvant se créer un titre à soi - même par as seule Volonté”

فأجازه ذلك تعلى ضرورة الاستجابة لكل من يدعى حقاً دعمه بدليل اصطفه لنفسه بنفسه . وقد ساوت محكمة النقض المصرية من حيث المنع بين أن يكون الدليل مصطنعاً بمعرفة شخص طبيعى أم شخص معنوى . فأقوال الشخص أو أفعاله التى يدعيها وتكون صادرة منه لا تصلح دليلاً على خصمه . وتطبيقاً لذلك قصت الفقرة الأولى من المادة ٩٧٢ من القانون المدنى بأنه « ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده » ، فلا يستطيع أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ، ولا الأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة . ويرى البعض أن هذه القاعدة هى تطبيق لمبدأ عام يذهب إلى أن « الشخص لا يستطيع أن يخلق بنفسه لنفسه سبباً لحق يكسبه » ، ومن استعجل الحصول على شىء قبل أن يحل أدائه حرم منه ، مثل الوارث الذى يقتل مورثه فيحرم من الأثر ، والمستفيد الذى يتسبب فى وفاة الشخص المؤمن على حياته لا يستفيد من التأمين .

٢ - الاستثناء :

٢٣ - أوردت التشريعات على هذه القاعدة بعض الاستثناءات المحددة التى تتطلبها اعتبارات خاصة ومبررات معينة قدرها المشرع ، وأجاز فيها للشخص أن يتمسك بدليل اصطفه لنفسه . من هذه الاستثناءات :

١ - كانت المادة ١٧ من التقنين التجارى المصرى السابق تنص على أنه « يجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية لأجل الإثبات فى دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً » .

وفقاً لهذا النص كان يمكن لدفاتر التاجر أن تكون حجة له على تاجر آخر . وعله ذلك أن العملية الواحدة التى تتم بين التجار تكون مثبتة فى دفترى المدعى والمدعى عليه مما يسهل من إمكانية المقارنة بينهما للتحقق من صحة البيانات .

ويجوز للمحكمة بناء على طلب الخصم أو من تلقاء نفسها أو تأمر بالاطلاع على دفاتر التاجر فى مواد الأموال المشاعة وفى مواد التراكات وقسمه الشركات وحالة الأفلاس . (المواد م ١٦ : ١٨ من قانون التجارة السابق) .

وقد جاءت المادة ٢٨ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والذي بدأ العمل به اعتباراً من ١٠/١/١٩٩٩ متضمنة أنه :

(١) يجوز للمحكمة بناء على طلب الخصم أو من تلقاء ذاتها أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره إليها لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع المعروض عليها . والمحكمة أن تطلع على الدفاتر بنفسها أو بواسطة خبير تعينه لذلك .

(٢) لا يجوز للمحكمة أن تأمر التاجر باطلاع خصمه على دفاتره إلا في المنازعات المتعلقة بالتركتات ومواد الأموال المشاعة والشركات .

(٣) تسلم الدفاتر في حالة الإفلاس أو الصلح الواقع منه للمحكمة أو لأمين التفليسة أو لمراقب الصلح .

(٤) إذا امتنع التاجر دون عذر مقبول عن تقديم دفاتره للإطلاع عليها ، جاز للمحكمة اعتبار ذلك قرينة على صحة الوقائع المطلوب إثباتها من الدفتر .

وقد تضمنت المادة ٢٩ من ذات القانون الجزاء المترتب على مخالفة الأحكام المنصوص عليها في المادة السابقة أو القرارات التي تصدر تنفيذاً لها ، بغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على ألف جنيه .

ويلاحظ أن المادة ١/٢٦ من ذات القانون ألزمت التاجر وورثته بالاحتفاظ بالدفاتر التجارية والوثائق المؤيدة للقيود الواردة بها مدة خمس سنوات من تاريخ التأشير على الدفتر بانتهائه أو قفله .

وتضمنت الفقرة الثامنة من ذات المادة حكماً خاصاً بالصور المصغرة (الميكرو فيلم) ، فأجازت للتاجر أو ورثته الاحتفاظ بها بدلاً من الأصل مدة خمس سنوات على أن يكون لها حجية الأصل في الإثبات إذا ما روعي في اعدادها وحفظها واسترجاعها القواعد والضوابط التي يصدر بها قرار من وزير العدل .

وقد تعرضت المادة ٧٠ من قانون التجارة الجديد لحجية الدفاتر في المنازعات التي تنشأ بين التجار ، فنصت على جواز قبول الدفاتر التجارية للإثبات في الدعاوى المقامة من التجار أو المقامة عليهم متى كانت متعلقة بأعمالهم التجارية وفقاً للقواعد الآتية :

(١) تكون البيانات الواردة بالدفاتر حجة على صاحبها ، ومع ذلك لا يجوز لمن يريد أن يستخلص من هذه الدفاتر المطابقة لأحكام القانون دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد بها من بيانات .

(٢) تكون البيانات الواردة بالدفاتر المطابقة لأحكام القانون حجة لصاحب هذه الدفاتر على خصمه التاجر ، إلا إذا نقضها الخصم ببيانات واردة بدفاتره المطابقة لأحكام القانون أو أقام الدليل بأى طريق آخر على عدم صحتها .

(٣) إذا كانت دفاتر كل من الخصمين مطابقة لأحكام القانون ، اسفرت المطابقة بينها عن تناقض بياناتها ، وجب على المحكمة أن تطلب دليلاً آخر .

(٤) إذا اختلفت البيانات الواردة بدفاتر الخصمين وكانت دفاتر أحدهما مطابقة لأحكام القانون ودفاتر التاجر الآخر غير مطابقة ، فالعبرة بما ورد في الدفاتر المطابقة إلا إذا أقام الخصم الدليل على خلاف ما ورد بها . ويسرى هذا الحكم إذا قدم أحد الخصمين دفاتر مطابقة ولم يقدم الآخر أية دفاتر .

وتلص المادة العاشرة من القانون التجارى الفرنسى على أنه من المسموح به للتاجر تقديم الدفاتر التجارية كأدلة إثبات شريطة أن تكون منتظمة - "à Condition qu'ils aient été régulièrement tenus" .

٢ - وفى المنازعات المدنية وإن كانت دفاتر التجار لا تعد حجة على غير التجار إلا أن المادة ١/١٧ من قانون الإثبات المصرى تنص على أن البيانات المثبتة فى دفاتر التجار عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة .

فالقاضى لى يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه فى هذه الحالة ، يتعين أن يتعلق الأمر بعملية توريد من تاجر لشخص لا يتمتع بهذه الصفة وألا تتجاوز قيمة البضاعة نصاب الإثبات بالبينة (خمسمائة جنيه) .

٣ - يذهب الفقه المصرى إلى أن المادة ٢٤ إثبات تتضمن استثناءً آخر على قاعدة عدم جواز اصطلاح الخصم لنفسه دليل إثبات حيث تنص على أنه إذا لم يقم الخصم بتقديم المحرر فى الموعد الذى حددته المحكمة أو امتنع عن حلف اليمين المذكورة - فى المادة السابقة - اعتبرت صورة المحرر التى قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها ، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر ، جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله وموضوعه ، فهذه المادة تتضمن فرضين الأول ويتعلق بحاله امتناع الخصم عن تقديم ورقة ألزمته المحكمة بتقديمها فى ميعاد محدد حيث يترتب على ذلك

إعتبار صورتها المقدمة من خصمه صحيحة ومطابقة للأصل . ولا يعد ذلك استثناء على القاعدة محل البحث لأن المحرر المطلوب تقديمه يفترض أنه صادر من الخصم الذى امتنع عن تقديمه ، فهو ليس صادراً من خصمه الذى يتمسك به .

أما الفرض الثانى فيخص الحالة التى لم يقدم فيها الخصم صورة من المحرر الذى يطالب بإلزام خصمه بتقديمه ، ومع ذلك يجيز القانون الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكل المحرر وموضوعه إذا امتنع الطرف الآخر عن تقديمه . ويتوافق هنا الاستثناء على القاعدة لإجازة الأخذ بما يدعيه الخصم بخصوص شكل وموضوع المحرر المزعوم وجوده لدى الخصم الآخر .

– ويرى البعض أن المحرر قد يكون صادراً من الخصم فيستند إليه الخصم الآخر مما يعنى إقرار هذا الأخير بصحة ما جاء بالمحرر ، ومن ثم يجوز للخصم الأول أن يتمسك به على الرغم من أنه صادر منه هو .

٣ - تدخل الغير فى اصطناع المحرر :

٢٤ – الأصل أن تدخل شخص من الغير – لا علاقة له بأطراف النزاع – فى صنع المحرر يعتبر ضماناً على صحة الدليل الذى يحتويه هذا المحرر ، خاصة إذا كانت لهذا الغير الصفة الرسمية . فالأمر – كما يرى البعض – يتدرج تحت بند البينة التى يمكن اللجوء إليها لإثبات أى واقعة مادية . ويبدو ذلك فى حالات كثيرة يتم فيها اللجوء إلى أوراق محاسبة informatisé تحت يد الغير . وفى حالة وجود نزاع حول إقامة الدليل على سداد أو عدم سداد دين معين ، قد يتقدم الدائن بكشف حساب صادر من البنك يفيد عدم سداد المدين للدين . بل تستطيع المحكمة أن تلزم ذلك البنك بتقديم هذا الكشف بمقتضى ما تملكه من سلطة فى إلزام الغير بتقديم محرر تحت يده (مادة ٢٦ وما قبلها من قانون الإثبات) . وقد يتقدم المدين أيضاً بكشف حساب صادر من البنك الذى يوجب به حسابه كدليل على السداد . والحقيقة أنه إذا كان من الممكن – من الناحية النظرية – التشكيك فى صحة هذا الكشف أو ذاك باعتباره صادراً من شخص من الغير تجمعه مصلحة بأحد أطراف النزاع Lien de clientèle ، إلا أن البعض يرى أن تظل للمحرر صحته وسلامته فى الإثبات وذلك لصدوره ممن يعتبر من الغير عن النزاع المطروح ، وإن كان تحديد قيمته كدليل إثبات مقدم فى الدعوى يخضع لتقدير القاضى .

– والغالب أن الشخص المكلف بعبء الإثبات هو الذى يتعامل مع نظم المعلومات من أجل إقامة الدليل على ما يدعيه ، كما فى حالة البنك الذى يسعى لتقديم الدليل على العمليات التى تمت مع عميله ، خاصة تلك المتعلقة بالسحب الآلى من جانب العميل أو حالة أحد المرافق العامة (كهرباء – مياه – اتصالات سلكية ولاسلكية) الذى يعد كشفاً بالخدمات التى قدمها للمستهلك وذلك عن طريق أجهزة الحاسب الآلى التى يستخدمها .

– ويلاحظ أن عمومية استخدام نظم المعلومات يجعل من الصعوبة بمكان إمكانية المساس ببرامج الحاسب الآلى المشتعلة عليها وبالتالي صعوبة التلاعب فيها . فبمجرد كتابة البرنامج ، فإنه يتعامل مع جميع الحالات المعروضة والمتشابهة بنفس الأسلوب . إل أنه من الخطر تقرير استقلالية الحاسب الآلى عن شخصية مستخدمه . فمستخرج الحاسب يتعبن أن يعد وكأنه صادر ممن يستخدمه حيث لا يستطيع هذا الأخير أن يستخلص منه دليل إثبات .

فقد قضت محكمة استئناف ست الفرنسية – بخصوص سحب تم من خلال موزع أوتوماتيكي للأوراق المالية – أن البنك المدعى لا يستطيع – لإثبات السحب – أن يستند إلى توقيع الإلكتروني صادر ليس ممن يحتج عليه البنك بالتوقيع ولكن من جهاز يمتلكه البنك المدعى وله الحرية الكاملة فى استخدامه . وقد اقترح البعض – حلاً لهذه المشكلة – تدخل شخص من الغير مستقل عن الأطراف ومكلف بالتحقق من صحة العمليات التى تتم عن طريق الحاسب الآلى بما فى ذلك برامج الحاسب (Logiciel) ويسمى بمفتش نظم المعلوماتية (Commissaire à L'informatique) مما يكفل الضمان لمثل هذه العمليات .

الفصل الثانى

مدى قبول مستخرجات التقنيات الحديثة

فى الإثبات أمام المحاكم المدنية

٢٥ - بعد استعراضنا للمخاطر التى يمكن أن تعترض إمكانية الاعتراف بقيمة إثباتية للأدلة المستقاة من استخدام بعض الوسائل العلمية الحديثة فى نقل المعلومات أو الاتصالات عن بعد ، فإنه لا يجب أن يعترينا الاحساس بضرورة استبعادها من عملية الإثبات لعدم دقتها أو مخالفتها للحقيقة المراد إثباتها ، بل على العكس يجب العمل على مواجهة الأخطاء التى يمكن أن تقع أو حالات الغش التى قد تحدث عند إقامة الدليل المستنبط منها بإيجاد وسائل لمنعها أو كشفها أو إصلاحها . فالحقيقة التى لا يمكن إنكارها أننا لا نستطيع أن ننكر التطور العلمى الكبير الذى لحق وسائل الاتصال ونغمض أعيننا عن الأخذ به والاستفادة منه . لذلك فقد اتجهت العديد من التشريعات المختلفة إلى العدول عن المبادئ التقليدية للإثبات إلى مبادئ أكثر تطوراً تسمح بقبول مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة فى عملية الإثبات كوسائل جديدة له .

لذلك سوف نعرض للتشريع الفرنسى وكيفية مواجهته لتلك المشكلة وذلك فى مبحث أول ثم نتناول موقف المشرع المصرى من استخدام مستخرجات التقنيات الحديثة فى الإثبات فى مبحث ثان .

المبحث الأول

موقف المشرع الفرنسى

٢٦ - اتجهت بعض النصوص الخاصة - فى مجال المحاسبات (Comptabilite) - إلى الاعتراف بقيمة الدعامات الصادرة عن تقنيات علمية حديثة تتضمن معلومات دقيقة - فبعد أن أصبحت الدفاتر التجارية التقليدية ، livres de commerce ، عائقاً أمام حفظ المعلومات والبيانات ، ألغى القانون المحاسبى الجديد رقم ٣٥٣ لسنة ١٩٨٣ الصادر فى ٣٠/٤/١٩٨٣ ولائحته التنفيذية برقم ١٠٢٠ لسنة ١٩٨٣ الصادرة فى ٢٩/١١/١٩٨٣ - والذى جاء معدلاً للمواد من ٨ : ١٧ من القانون التجارى الفرنسى - فكرة الدفاتر التجارية وجاء بما اسماء بالتسجيلات المحاسبية ، Enregistrement Comptable ، وقرر صلاحية دعامات المعلومات الدقيقة ، Tous sup- ports de l'information fiables ، للإثبات . لذلك فأن العمل يجرى على الاستناد إلى القوائم Listings ، أو على المصغرات الفيلمية ، Microfilms ، . أما بالنسبة للمستندات المؤيدة

للمحاسبات، فهي تخضع للقواعد العامة في القانون المدني التي تتطلب - كما سدرى - حفظ المعلومات والبيانات ، إما في شكل أصول وإما في شكل صور دائمة ومطابقة للأصول . fidele et durable.

٢٧ - أما في نطاق قانون الضرائب ، فلا توجد قواعد معينة تحكم تقديم ومسك الدفاتر المحاسبية ، وإن كان من المتعين ألا تخالف قواعد القانون المحاسبى حتى لا تتعرض لرفض الجهات القضائية . وعن المستندات المؤيدة للموقف الضريبي ، فيمكن حفظها في أى شكل ولو كان الإلكتروني أو مغنطاً ، طالما كانت المستندات صادرة من المنشأة . أما المستندات المقبولة منها ، فيجب أن تكون في شكل أصول .

٢٨ - وقد أجازت اللوائح الاجتماعية ، réglements sociaux ، استخدام الميكروفيلم لحفظ المعلومات المتعلقة بكشوف القبض - الخاصة بالإعانات الاجتماعية - بقصد تسهيل مراجعتها بمعرفة الجهات الرقابية .

بجانب هذه النصوص الخاصة ، فقد وضع المشرع الفرنسي بعض القواعد العامة في القانون المدني التي يمكن أن تكون أساساً لقبول المستخرجات الصادرة عن تقنيات علمية حديثة .

٢٩ - جاء تعديل ١٢ يوليو ١٩٨٠ ليؤكد قاعدة الإثبات بالكتابة ولم يأخذ - كما هو الحال في غالبية الدول الأوروبية - بقاعدة حرية القاضي في تقدير أدلة الإثبات (la règle de la libre appréciation des preuves par le juge) . فالتعديل لم يتناول إلا مادتين هما المادة ١٣٤١ و ١٣٤٨ من القانون المدني ويتعلقان باستثنائين على مبدأ ضرورة الإثبات بالدليل الكتابي :

١ - عدم تجاوز قيمة النزاع لمبلغ معين :

٣٠ - اشترطت المادة ١٣٤١ مدنى - بعد تعديلها - ضرورة وجود دليل كتابي (محرر رسمى أو محرر عرفى) لإثبات أى تصرف قانونى تزيد قيمته عن مبلغ معين يتم تحديده بمعرفة ديكريتو يصدر فيما بعد . وقد صدر هذا الديكريتو في ١٥ يوليو ١٩٨٠ برقم ٨٠/٥٣٣ وحدد هذا المبلغ بـ ٥٠٠٠ فرنك فرنسى . فإذا كانت قيمة المبلغ أقل من ٥٠٠٠ فرنك ، ولم يوجد دليل كتابي ، أمكن الإثبات بكافة طرق الإثبات مثل الشهادة أو القرائن . ويفهم من هذا التعديل ، إمكانية التدخل - مستقبلاً - لزيادة هذا المبلغ بحسب التضخم وانخفاض قيمة الفرنك الفرنسى . وقد انتهى البعض إلى أن اللجوء إلى مستخرجات التقنيات الحديثة جائز لإثبات التصرفات القانونية التي تقل قيمتها عن ٥٠٠٠ فرنك فرنسى ومن أمثلة ذلك العمليات التي تتم عن طريق مكاتب السحب الآلى للبنوك

(terminaux points de vente) أو مراكز البيع (des guichets automatiques de banques) أو بنوك المعلومات (banques de données) فيمكن أن يتم اثباتها ، طالما كانت قيمتها تقل عن ٥٠٠٠ دولاراً - عن طريق المستخرجات المستمدة من الدعامات الحديدية التي يتم تخزين بيانات هذه العمليات عليها (حاسب آلى - ميكرو فيلم) .

وبالنسبة للتصرفات التي تتجاوز قيمتها ٥٠٠٠ فرنك ، فإن الأصل هو إثباتها بالدليل الكتابي إلا أن القضاء استقر على أن نص المادة ١٣٤١ مدنى - حتى بعد تعديلها - لا يتعلق بالنظام العام . فالأطراف يستطيعون التنازل عن التمسك به ، صراحة أو ضمناً . وبطبيعة الحال هذا النص لا ينطبق بالنسبة للتصرفات والأعمال التي توصف بإنها تجارية ، لأن الإثبات يتصف بأنه مطلق وحر فى مجال القانون التجارى .

٢ - استحالة الحصول على دليل كتابي :

٣١ - لم تتضمن صياغة المادة ١٣٤٨ مدنى قبل تعديلها بالقانون رقم ٨٠/٥٢٥ الصادر فى ١٢ يوليو ١٩٨٠ النص صراحة على حالات الاستحالة المادية أو المعنوية من الحصول على دليل كتابي، بل اقتصر على ذكر بعض حالات الاستحالة المادية المستثناة من تقديم دليل كتابي مثل حالات إبداعات الضرورة اتلى تنشأ من الحريق (Incendie) أو الهدم (Ruine) أو حوادث الشغب (tumulte) أو الغرق (naufrage) أو حالات الالتزامات الناشئة عن شبه العقد (quasi - contrats) والجرح (délits) أو شبه الجرح (quasi-délits) أو حالات الالتزامات التعاقدية الناشئة عن حوادث غير متوقعة يصعب معها الحصول على دليل كتابي .

كما اقتصر على ذكر حالة للاستحالة المعنوية متعلقة بإبداعات النزلاء فى الفنادق "dépôts faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie" حيث رأى المشرع أن الثقة المتبادلة بين الطرفين (النزيل وصاحب الفندق) تحول دون توقيع صاحب الفندق على إيصال استلام للنزيلة . وقد كانت هذه الحالة أساساً لاعتناق القضاء لفكرة الاستحالة المعنوية فى حالات أخرى مثل حالة تسليم الابن لأمه مبلغ من المال حصله لصالحها أو حالة الطبيب فى مواجهة مريض أو صاحب عمل فى مواجهة العامل لديه . لذلك جاء قانون ١٢ يوليو ١٩٨٠ معدلاً للمادة ١٣٤٨ مدنى ومتضمناً النص صراحة على استثناء حالات الاستحالة المادية (l'impossibilité matérielle) أو الاستحالة المعنوية (l'impossibilité morale) وإذا كانت حالات الاستحالة المادية

لا تثير ثمة صعوبة فأن حالات الاستحالة المعنوية تخضع من حيث تقديرها لسلطة القاضي. لذلك قضى بأن وجود عادة أو تقليد معين (un usage) لا يعفى في حد ذاته من تقديم دليل كتابي لإثبات الالتزام الذي يتمسك بتنفيذه إلا إذا اثبت أن هذه العادة وضعت الطرف في استحالة الحصول على دليل كتابي فالعلاقات الخاصة (liens particuliers) أو شبه الأسرية (quasi-familiaux) المبنية على التقدير والمودة والموجودة بين الطرفين يمكن أن تضع المدين منهما في استحالة معنوية من الحصول على دليل كتابي لسداد الدين المأزم بسداده . ووفقاً لاتجاه يؤيده الفقه الفرنسى ، فإن استخدام نظم المعلوماتية أو شبكات المعلوماتية عن بعد ، على الأقل عند استخدامها بمعرفة الجمهور (grand-public) - هو تطبيق للاستثناء المخصوص عليه في المادة ١٣٤٨ مدنى المعدلة . فوجود مانع يحول دون حصول الشخص على دليل كتابي مسبق - كما في حالة التعاقد عن طريق الهاتف أو الحاسبات الآلية - يسمح له بإثبات حقيقة الالتزام بكافة طرق الإثبات .

٣ - حجية الصورة التي تعد نسخاً مطابقاً ودائماً للأصل :

٣٢ - أضافت الفقرة الثانية من المادة ١٣٤٨ مدنى في صياغتها الجديدة المعدلة بالقانون رقم ٨٠/٥٢٥ الصادر في ١٢ يوليو ١٩٨٠ استثناءً جديداً من مبدأ ضرورة تقديم أصل الدليل الكتابي ، فأضافت على الصورة التي تعد نسخاً مطابقاً ودائماً للأصل - الذى لم يحتفظ به أحد الأطراف أو المودع لديه - قوة إثباتية (force probante) . فقد تطلب المشرع الجديد في الصورة المقدمة - دون أن يكون أصلها محتفظاً به شرطين أساسيين هما :

- ١ - المطابقة .
- ٢ - الدوام .

أولاً : المطابقة (la fidélité) :

٣٣ - يقصد بهذا الشرط تطابق الصورة مع الأصل سواء في الشكل أو في المضمون وبحيث تحمل الصورة كل آثار التغيير - إن وجد - سواء الذى طرأ على الأصل قبل نسخ الصورة أو الذى طرأ على الصورة ذاتها بعد النسخ . هذا التعريف الذى قال به بعض الفقه لا ينفى صعوبة تحديد المقصود بالتطابق خاصة في غيبة الأصل ، إضافة إلي أن المشرع لم يصنع تعريفاً لمعني التطابق بين الأصل والصورة ، كما فعل بالنسبة للشرط الآخر المتعلق بالدوام . لذلك يقع على عاتق القاضي أن يتأكد من عدم وجود تغيير قد لحق بالوثيقة الأصلية أو بالصورة . وقد ذهب البعض إلى أن المطابقة تتوافر بين الأصل والصورة عندما يكون احتمال وقوع الغش يساوى صفر .

“La fidelité sera obtenue lorsque la preuve de la fraude est équivalente à zero”.

ثانياً : الدوام : (la durabilité) :

٣٤ - تضمن تعديل المادة ١٣٤٨ مدنى تعريفاً لشرط الدوام أو الثبات ، فلص فى الفقرة الثانية منها على أن **“Est réputée durable toute reproduction indélébile de L’arigine qui entraîne une modification irréversible du support”** يعتبر دائماً كل نسخ ثابت **“Support”** مرة أخرى لاستخراج صورة أخرى .

ومثال ذلك تجميع الصور الفوتوغرافية باستخدام ملح الفضة (sels d’argent) أو الطباعة بواسطة الأحبار (Jets d’encre) . ويرى البعض انطباق ذلك الشرط على الميكرو فيلم والصور الضوئية مع استبعاد الإثبات بواسطة تقنيات المعلوماتية والفاكس وذاكرة الحاسب الآلى (des mémoires d’ordinateur) . وذلك لإمكانية الاستخدام اللاحق لمستخرجات هذه التقنيات بصورة تساعد على التغيير فيها عدد نسخها سواء كان ذلك التغيير ارادياً بقصد النسخ أو غير ارادى بفعل الزمن . كذلك تسلب الشرائط المغناطيسية لإمكانية محوها وإعادة كتابته شىء آخر بدلاً من المكتوب عليها أصلاً .

٣٥ - وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بإضفاء قيمة إثباتية للصور باعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة (طبقاً لنص المادة ١٣٤٧ مدنى) إذا لم يتوافر لها شرطى المطابقة والثبات ، ولو لم يكن الأصل موجوداً بالفعل . وقد أيد البعض ذلك ، وذهب إلى أن التسجيلات التى يكون مصدرها وسائل تقنية حديثة (معلوماتية مثلاً) تشكل مبدأ ثبوت بالكتابة .

٣٦ - نلخص مما تقدم أن الصورة التى لم يحتفظ صاحبها أو المودع لديه بأصلها إذا ما استكملت شرطى المطابقة والدوام ، فإنها وإن كانت لا تساوى الأصل ، إلا أنها تكفى لتكوين عقيدة وإقناع القاضى دون حاجة إلى دليل آخر . فالصورة المطابقة والثابتة للأصل ، وإن لم تصل إلى مرتبة الكتابة إلا أنها تتخطى فى القيمة مبدأ الثبوت بالكتابة ، لأنها تجعل وجود الحق المطالب به أقرب إلى التأكيد منه إلى الاحتمال . وطالما لا تعتبر مثل هذه الصورة بمثابة دليل كتابى ، فإنه

يمكن إثبات عكس ما تضمنته بكافة طرق الإثبات ، أى أنها لا تخضع لقاعدة ضرورة إثبات عكس الكتابة بالكتابة .

ويرى البعض أن هذه الصورة المطابقة والثابتة من الأصل لها حجية الشهادة أو القرائن وليس حجية الأصل .

وأياً كان تقديرنا لقيمة حجية الصورة ، فإن الأمر بيد القاضى له أن يطمئن إلى الدليل المستخلص من الصورة المستوفية للشرطين المذكورين ، وله أن يهدر كل قيمة لها .

المبحث الثانى

موقف المشرع المصرى من استخدام مستخرجات

التقنيات الحديثة فى الإثبات

٣٧ - لما كان موضوع استخدام مستخرجات التقنيات الحديثة أصبح حقيقة من الصعب تجاهلها ، خاصة فى مجال العمل القانونى - أمام المحاكم على سبيل المثال - ونظراً لتزايد حالات اللجوء إليها لإثبات الحقوق والالتزامات فى المنازعات المطروحة أمام القضاء ، فقد كان من الضرورى بحث مدى إمكانية الاعتراف لها بحجية فى نطاق عملية الإثبات أمام المحاكم فى ضوء النصوص التشريعية الحالية لقانون الإثبات المصرى . فالقاعدة الأساسية فى القانون المصرى أيضاً هى تقديم الدليل الكتابى على ما عده من الأدلة الأخرى . فالكتابة هى أهم طرق الإثبات قاطبة وهى تقديم الدليل الكتابى على ما عده من الأدلة الأخرى . فالكتابة هى أهم طرق الإثبات قاطبة وهى الدليل الأصيل الذى يثير الطمأنينة لدى الأهداف عند إثبات التصرفات القانونية نظراً للضمانات العديدة التى يحققها . ومع ذلك ورغبة فى إفادة المجتمع من ثمار التكنولوجيا الحديثة دون أن يكون هناك مساس بمصالح المتقاضين ، فأن الأمر يقتضى دراسة النظام المعمول به حالياً فى مجال الإثبات فى المواد المدنية والتجارية لمعرفة مدى صحة المخاوف المتعلقة باستخدام طرق التقنية الحديثة ، وهل من الممكن أن تنال من نظامنا القانونى القائم أم من الممكن تعديله لإدخال بعض المرونة التى تسمح - دون إعاقة - باللجوء إلى مستخرجات هذه الطرق فى إثبات الحقوق والالتزامات محل الخلاف بين المتقاضين .

المطلب الأول

أهمية الكتابة وأنواعها وإمكانية الإثبات بدونها

١ - أهمية الكتابة كدليل إثبات :

٣٨ - بعد أن كانت شهادة الشهود تحتل فيما مضى مقام الصدارة بين أدلة الإثبات أصبحت الكتابة أول طرق الإثبات مكانة ومرتبة في الوقت الحالي . فقد أدت مخاطر البيئة - سواء من حيث إمكانية أن تخون الذاكرة الشاهد خاصة بعد مضى مدة طويلة على الواقعة التي يشهد عليها أو من حيث احتمال أن يخالف الشاهد ضميره لصعف نفسيته أمام شهوته ، فتأتى شهادته مخالفة للحقيقة - إلى أن تنزل عن مكانتها وتتركها للكتابة التي تتميز باليقين نظراً لتحريرها في وقت معاصر للواقعة المراد إثباتها ، ودون أن تكون هناك ثمة مصلحة من تغير الحقيقة تحقيقاً لمصلحة شخصية .

يضاف إلى ذلك أنه عن طريق الكتابة يمكن تلافي المشاكل التي يمكن أن تنشأ عن الدسيان أو وفاة الشهود بمرور الوقت على الواقعة محل الإثبات ، وقد تأكدت أهمية الكتابة بقوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا إذا تدابرتكم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ... ولأهميتها المذكورة ، جعل المشرع الكتابة وسيلة الإثبات الأساسية بالنسبة للتصرفات القانونية ، وبالطبع بالنسبة لكافة الوقائع الأخرى سواء كانت مادية أم قانونية . لذلك نصت المادة ١/٦٠ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدلة بالقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ على أنه : في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . . ويلاحظ أن المشرع أخرج المواد التجارية من ضرورة الإثبات بالكتابة نظراً لطبيعتها الخاصة على نحو ما سنراه .

٢ - ماهية الكتابة :

٣٩ - يقصد بالكتابة (Écrit) لغوياً مجموعة الرموز المرئية (visible) التي تعبر عن القول (langage) أو عن الفكر (pensée) . وهو ما يتطلب أن تأخذ شكلاً معيناً . فقد تفرغ على الورق أو على أى شيء آخر مثل الخشب أو الصلب . وقد يستخدم في الكتابة القلم الرصاص أو الجاف أو المداد السائل أو الآلة الكاتبة أو الكهربائية أو الطباعات الأليكترونية وقد تكون بأية لغة . وفي مجال الإثبات ، فإن الكتابة غالباً ما تكون على الورق ، وتسمى مثل هذه الأوراق بالمحركات (actes) . إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن تنصب الكتابة على دعائم أخرى مثل أجهزة الحاسب الآلى

(الكمبيوتر) أو الميكروفيلم ، ويطلق على الدعامة فى هذه الحالة أيضاً لفظ المحرر . لذلك يمكن القول بوجود محررات ورقية محررات تقنية حديثة (اليكترونية على سبيل المثال) . ويشترط فى المحرر لكى يعتد به فى الإثبات أن ترد الكتابة الثابتة فيه على الواقعة التى أعد المحرر لكى يكون دليلاً عليها . ويمكن تعريف المحرر بناء على ذلك بأنه الورقة التى تصدر عن فرد له صفة الموظف العام أم لا وتتضمن كتابة تثبت واقعة قانونية تنشئ حقاً لمصلحة من يتمسك بهذا المحرر .

والمحرر بهذا التعريف يختلف عن التصرف القانونى الذى يشهد عليه . فهو يعد وسيلة إثبات التصرف القانونى ، أى الورقة المثبت فيها ، ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف . والدليل على ذلك استقلال كل منهما عن الآخر ، فبطلان المحرر لا يؤثر على صحة التصرف الذى يمكن إثباته بأية وسيلة أخرى ، كما أن صحة المحرر لا تزيل عن التصرف البطلان الذى شابه .

٣ - القالب الذى تصب فيه الكتابة وأنواعه :

٤٠ - ذكرنا أن الكتابة يتعين أن تأخذ شكلاً معيناً يطلق عليه عادة لفظ محرر سواء أفرغت على الورق أو على شىء آخر . والمحررات أياً كان شكلها تنقسم فى مجال الإثبات إلى نوعين أساسيين ، أحدهما يسمى بالمحررات الرسمية والآخر يسمى بالمحررات العرفية .

(أ) المحررات الرسمية :

٤١ - المحرر الرسمى ما عرفته المادة ١٠ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ هو « المحرر الذى يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ، ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية ، وفى حدود اختصاصاته ، وقد قرر المشرع لكل نوع من المحررات الرسمية أوضاعاً يجب مراعاتها عند تحريرها أى كتابتها بمعرفة الموظف العام . فعلى سبيل المثال يتعين أن تكون الكتابة باللغة العربية ويخط مقروءة مشتملة على كل البيانات الضرورية المتعلقة بأصحاب الشأن وتاريخ التوثيق وشخص الموثق وتوقيع الأطراف ، ومخالفة هذه الأوضاع يترتب عليه عدم تمتع المحرر بالصفة الرسمية ، وبطلان التصرف القانونى الذى يحتويه المحرر .

(ب) - المحررات العرفية :

٤٢ - تعد الكتابة التى تصدر من شخص لا يعد موظفاً عاماً - ويقوم بتوقيعها - محرراً عرفياً . فقد تطلب المشرع توافر شرطين لاعتبار المحرر عرفياً :

الكتابة :

٤٣ - لا يتطلب في الكتابة كشرط خاص في المحرر العرفي أى شرط ، فأى كتابة تدل على الواقعة المراد إثباتها بالمحرر - تصلح بعد توقيعها - لأن تكون دليلاً على من وقعها . فالكتابة في المحرر العرفي تعد عنصراً هاماً لا يتطلب المشرع فيها أن تكون فى شكل معين أو بطريقة معينة . فيجوز أن تكون بأية لغة عربية أو أجنبية ، بخط من وقعها أو بخط شخص أجنبى أو مكتوبة على الآلة الكاتبة أو مطبوعة أو مصورة بالحبر أو بالرصاص أو بأى مادة أخرى ، بالحروف أو بالأرقام أو بالرموز أو بالاختزال طالما كان لها مفتاح خاص يمكن الرجوع إليه بموافقة الأطراف .

هذه الكتابة تتضمن بيانات لم يحددها المشرع تحديداً دقيقاً وإن كان يحصر الاطراف على استكمالها مثل تاريخ تحرير الورقة أو كتابة المبالغ بالحروف والأرقام أو ذكر مكان الكتابة . وقد يستلزم المشرع شكل خاص أو بيانات معينة فى الورقة العرفية ، كما هو الحال بالنسبة للقانون التجارى الجديد الذى يتطلب شكل خاص وبيانات معينة منها التاريخ فى الأوراق التجارية (الكمبيالة (مادة ٣٧٩) والسند لأمر (مادة ٤٦٨) والشيك (مادة ٤٧٣) . ومن البيانات التى تعد ضرورية برغم عدم اشتراط توافرها - توقيع الشهود . فالعرف جرى على أن يوقع الشهود على الورقة العرفية حيث يعد ذلك بياناً مفيداً فى حالة وفاة أحد الشهود . لاعتبار الوفاة تاريخاً ثانياً للورقة .

وذهب البعض إلى أن الكلمات المضافة أو التى تكتب أو تحشر بين السطور لا تعتبر باطلة ، وإن كانت تخضع قيمتها إلى تقدير القاضى . وقد نصت على ذلك المادة ٢٨ من قانون الإثبات فقضت بأن للمحكمة تقدير ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية فى المحرر من إسقاط قيمته فى الإثبات أو انقاصها .

التوقيع :

٤٤ - يعتبر التوقيع صورة من صور الكتابة التى يتطلبها المشرع - بصفة أساسية - فى المحرر العرفي . فهو الذى يتضمن نسبة مضمون المحرر إلى من يحتج به عليه . وفى ذلك قضت محكمة اللقضاء بأنه لا يشترط لصحة الورقة العرفية وإضفاء الحجية عليها إلا التوقيع ممن تنسب إليه بالإمضاء أو ببصمة الختم أو ببصمة الأصبع . والتوقيع يجب أن يكون شخصياً أى صادراً ممن يحتج عليه بالورقة العرفية . ولا يجزى فى هذا الخصوص أن يكون الموقع موكلاً فى التوقيع لعدم جواز التوكيل فى التوقيع . ويجب أن تشمل كتابة التوقيع على اسم الموقع ولقبه كاملين ، ولا يكفى

مجرد التوقيع بعلامة مختصرة أو برمز لاسمه بالحروف الأولى . وإن كان يصح التوقيع باسم الشهرة أى الذى اشتهر به الشخص وإن كان لا يطابق اسمه الأصلى الثابت فى شهادة الميلاد . وكما يكون التوقيع بالإمضاء يمكن أن يكون بالختم أو ببصمة الأصبع ، وفى ذلك تنص المادة ١/١٤ من قانون الإثبات على أن ، يعتبر المحرر العرفى صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ، . وقضت محكمة النقض بأن ، للبصمة قوة الأمضاء فى نظر الشارع المصرى ، . أياً ما كان الأمر يتعين أن يكون التوقيع دالاً على الموافقة على ما يتضمنه المحرر . لذلك يجب أن يكون أسفل الكتابة ، إلا أن بعض الشراح يرى أن المشرع لم يتطلب مكاناً معيناً للتوقيع ، فالتوقيع فى غير نهاية الورقة لا يعنى انتفاء الموافقة على مضمون المحرر . وفى جميع الأحوال ، للقاضى سلطة تقديرية واسعة فى هذه المسألة . ولا يلزم فى حالة تعدد صفحات المحرر أن يكون هناك توقيع له فى نهاية كل واحدة منها . وقد قضت محكمة النقض بجواز التوقيع على نسخ المحرر باستعمال الكربون أسفل الأصل . فالنسخة الكربونية للمحرر الموقع عليه بتوقيع منسوب لشخص ما ، تكون لها حجية فى الإثبات قبله .

ولا يشترط أخيراً أن تكون الكتابة بخط من تنسب إليه الورقة ، فقد تكتب بخط غيره ومع ذلك تنسب إليه ، طالما كان له توقيع عليها لم ينكره . فالورقة العرفية لا قيمة لها فى الإثبات إذا كانت خالية من التوقيع لكن إذا كانت مكتوبة بخط يد من تنسب إليه ، فأنها تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة .

٤ - الإثبات بغير الدليل الكتابى :

٤٥ - إذا كان المشرع المصرى قد أخذ بالكتابة كطريق لإثبات التصرفات القانونية باعتبارها الوسيلة الأكثر أماناً وإطمئناناً فى ظل المجتمع الذى نعيش فيه الآن ، والذى تغلب على المعاملات فيه الجوانب المادية بصورة أثرت على النفوس وأضعفت بالتالى الثقة فى شهادة الشهود ، إلا أنه أورد بعض الاستثناءات على هذه القاعدة يمكن بمقتضاها الإثبات بغير الكتابة أى باللجوء إلى طريق آخر من طرق الإثبات خاصة شهادة الشهود أو القرائن . فقد أجاز مشرع الإثبات بالبينة ، إذا ما اتفق الأطراف على ذلك أو إذا لم تتجاوز قيمة التصرف مبلغاً معيناً أو فى حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة أو وجود مانع من الحصول على الدليل الكتابى أو لفقده أو عند الغش نحو القانون أو التخلّف أو الامتناع عن الاستجواب أو أخيراً تكون المادة محل الإثبات تجارية .

المطلب الثانى

قيمة مستخرجات التقنيات الحديثة ومدى حجيتها فى الإثبات وفقاً للنظام المصرى

٤٦ - باستعراض القواعد التقليدية التى تحكم النظام المصرى فى الإثبات يتضح أن المشرع المصرى لا يقف حائلاً دون الاعتراف بقيمة وحجية لمستخرجات الوسائل الحديثة التقنية فى الإثبات . فإذا كان المشرع يعتبر الكتابة هى وسيلة الإثبات الرئيسية للتصرفات القانونية ولكافة الوقائع سواء كانت مادية أم قانونية ، فإن المستخرجات الحديثة - عادة ما تكون مكتوبة - أيًا كان شكلها ، فقد تأخذ شكل مستخرجات حاسب آلى أو شكل مصغرات فيلمية أو صور فتوغرافية أو ميكروفيلمية .

كما قد تتصف بالرسمية أو بالعرفية بحسب صدورها من موظف عام أو من شخص آخر ليست لديه هذه الصفة . وتختلف - بناء على ذلك - حجيتها فى الإثبات بحسب ما إذا كانت أصلاً أم صورة لهذا الأصل ، وسوف نتناول فى هذا المطلب مدى إمكانية الاعتراف بحجية الدليل الكتابى الكامل لهذه المستخرجات الحديثة (الفرع الأول) أو اعتبارها ذات حجية ناقصة تصلح لبداية الإثبات بالكتابة (الفرع الثانى) ثم سلطة القاضى فى تقدير الدليل المستمد منها (الفرع الثالث) .

الفرع الأول

حالات الاعتراف بحجية الدليل الكتابى الكامل لمستخرجات التقنيات الحديثة

٤٧ - لما كان العصر الذى نعيشه الآن يتميز بأنه عصر النهضة العلمية المتقدمة والتكنولوجيا المتطورة وانتشار وسائل وشبكات نقل المعلومات واستخدام الحاسبات الآلية ونظم الميكروفيلم فى الإدارات والمصالح الحكومية ، فليس هناك ما يمنع من أن تتصف بعض هذه المستخرجات بالصفة الرسمية نتيجة تدخل موظف عام فى تحريرها أو لكونها صورة رسمية أصلية . كما قد تكون هذه المستخرجات على الرغم من صفتها العرفية لها حجتها فى الإثبات نتيجة توقيع صاحبها عليها .

أولاً : حجية الدليل الكامل للمستخرج الرسمى للتقنيات الحديثة :

٤٨ - لجأت العديد من الجهات الحكومية إلى استخدام تقنيات حديثة لتسجيل البيانات والمعلومات التى يتقدم بها إليها ذو الشأن ، فعلى سبيل المثال تقوم حالياً وزارة المالية عن طريق

مركز معلوماتها المدعم بأجهزة الميكروفيلم بتسجيل دفاتر المواليد والوفيات وسجلات الأملاك الزراعية والعقارية والشهادات الجامعية والمتوسطة ، كذلك وزارة العدل تأخذ بنظام الميكروفيلم فى بعض محاكمها لتصوير المستندات والملفات والقضايا . فإذا توافر للمستخرج الصادر من هذه الأجهزة صفة الرسمية كانت له حجية المحرر الرسمى . أما إذا كان الأمر يتطلب الاحتفاظ بأصل المستخرج الحديث وعدم تسليم إلا صوراً رسمية منه أى صورة خطية أو فوتوغرافية أو اليكترونية مستخرجة من حاسب آلى أو صورة ميكروفيلمية يقوم الموظف بتوثيقها ومطابقتها للأصل المحفوظ لديه ، فإن القواعد الخاصة بحجية صورة المحرر الرسمى تنطبق سواء فى حالة وجود أصل المستخرج التلقى أو حالة عدم وجوده . فهى تعتبر - فى حالة وجود الأصل - حجة بقدر مطابقتها للأصل ، وتعتبر مطابقة له طالما لم ينزع فى ذلك أحد الطرفين حيث يتعين فى هذه الحالة مراجعة الصورة على الأصل (مادة ١٢ إثبات) . فإذا لم يوجد الأصل ، فقد أعطى المشرع المصرى فى المادة ١٣ من قانون الإثبات للصورة الرسمية الأصلية - تنفيذية أو غير تنفيذية - حجية الأصل طالما كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل . فإذا ثار الشك بخصوص هذا المظهر وفى مطابقته للأصل ، تعين على المحكمة أن تطرحها وألا تعطيها حجية الأصل ، وإن كان من الممكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة إذا ما توفرت شروطه .

٤٩ - وتجدر الإشارة إلى أن المادة ١/١٣٣٥ من القانون المدنى الفرنسى قد أضفت قوه المحرر الرسمى فى الإثبات - فى حالة عدم وجود الأصل - على الصورة التنفيذية أو الصورة الرسمية الأولى لأصل المستند الرسمى أو الصورة المأخوذة من الأصل بناء على أمر من القاضى وفى حضور الخصوم أو بناء على رضائهم المتبادل . بالمصفرات الفيلمية أو مستخرجات الحاسب الآلى المستخدم بالمحاكم والتي ينطبق عليها الوصف السابق تكون لها ذات حجية الأصل . وقد أعطت المادة ١٣ من قانون الإثبات المصرى للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الرسمية الأصلية ذات حجية الأصل أيضاً ، أجازت لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التى أخذت منها . فإذا تطابقت مع الصورة الأصلية كانت لها ذات الحجية ، أما إذا تعذرت المطابقة لفقدان الصورة الأصلية - وبالطبع لفقدان الأصل - لا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس ، وإن كان البعض يرى إمكانية الاعتداد بها كمبدأ ثبوت بالكتابة .

ثانياً : حجية الدليل الكامل للمستخرج العرفى للتقنيات الحديثة :

٥٠ - تعد مستخرجات التقنيات الحديثة التى يستخدمها الأفراد فى تعاملاتهم الأكثر شيوعاً وانتشاراً فى العمل . فالكثير من التعاقدات والصفقات تتم الآن من خلال وسائل وشبكات نقل

المعلومات والاتصالات المباشرة ، فإذا كانت مستخرجات هذه التقنيات الحديثة تحمل توقيع من هو منسوب إليه واعترف بها أو لم ينكرها ، وكانت غير معيبة وغير مزورة ، حازت حجية الدليل الكامل وفقاً للقواعد التي سبق دراستها . فإذا ثار نزاع حول حق أو التزام ، أمكن إثباته عن طريق اللجوء إلى أجهزة التلكس أو الفاكس أو إلى قنوات الانترنت وإلى المستخرجات الصادرة منها ، خاصة إذا كانت موقعة ممن أصدرها أو ثبت صحة توقيعه عليها إذا كان قد انكرها . كذلك إذا اتفق الأطراف على الأخذ بمستخرجات وسيلة تقنية حديثة في إثبات تعاملاتهم - كالفاكس أو التلكس أو وسائل الاتصال عن بعد - قبلت هذه المستخرجات لها قوة الدليل الكتابي الكامل .

٥١ - ولا يفوتنا في هذا المجال الإشارة إلى أن الاعتراف بحجية قانونية كاملة في الإثبات للمستخرجات الرسمية أو المعرفية للتقنيات الحديثة مرتبط ارتباطاً كبيراً بالأمان الذي توفره وسيلة التقنية عند استخدامها وإلى الدقة الفنية التي تتميز بها عند تشغيلها . فهناك العديد من الأجهزة التي تجمع ما بين الدقة الفنية عند التشغيل والأمان التقني عند الإثبات مثل جهاز التلكس الذي يربط ما بين المرسل والمرسل إليه عن طريق شبكة خاصة يتم مراقبتها من مركز رئيسي للاتصالات يقوم بتحديد هوية المتراسلين ويضمن سلامة عمل جهاز الاستقبال ويؤرخ للعمليات التي تتم من خلاله ، فضلاً عن أنه يحتفظ بما يثبت تمام هذه العمليات خلال سنة . وقد أدى ذلك إلى اعتراف القضاء الفرنسي بقوة إثباتية للتللكس ، وإلى انتشار عرف يقضى بأن التلكس يعد دليلاً « le téléx » ، vaut preuve .

٥٢ - وقد اعترف القضاء المصري للنسخة الكربونية بحجية الأصل ، فاعتبرها ليست مجرد صورة منقولة عن الأصل ، بل هي أصل في ذاتها . ولم يعر التفاتاً لاحتمالات تزوير المستند الكربوني عن طريق دس ورقة الكربون بين المستندات التي يوقعها الشخص ، فينتقل توقيعه إلى ورقة أخرى موجودة فيها . وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للنسخة الكربونية ، فإن مستخرجات التقنيات الحديثة - إذا ما توافرت له كل الشروط التقنية الدقيقة والأمان التقني - تتمتع بمنزلة أكبر في الإثبات في النسخة الكربونية تجعلها والأصل سواء .

وعادة ما يكون للمستخرجات العرفية للتقنيات الحديثة حجية الدليل الكتابي الكامل إذا ما كانت قيمة التصرف تقل عن خمسمائة جنيه وفقاً للقواعد التي سبق دراستها . وحتى ولو زادت قيمته عن خمسمائة جنيه ، واتفق الخصوم على أن تكون المستخرجات الحديثة مقبولة في الإثبات فيما بينهم ، كان لما يقدمه الخصم من مستخرجات حاسب آلي أو فاكسات أو تلكسات أو مصغرات فيلمية حجية كاملة في الإثبات .

وتعتبر صورة المحرر العرفي المسجلة والمحفوظة بمكتب الشهر العقاري ذات حجبية كاملة فى الإثبات بحيث يمكن الرجوع إليها إذا نازع الخصم فى المطابقة بين الأصل والصورة .

الفرع الثانى

حالات الاعتراف بحجية ناقصة

لمستخرجات التقنيات الحديثة

٥٣ - لم يعد إعتبار المحرر رسمياً سبباً كافياً لإضفاء حجية كاملة عليه فى الإثبات ، بل هناك محررات لا يعترف لها إلا بحجية ناقصة يتعين استكمالها بدليل آخر . ويغلب على المحررات العرفية أن تقتصر على حجية ناقصة فى الإثبات ، خاصة إذا لم تكن موقعة مما تنسب إليه .

لذلك سوف نتناول الحجية الناقصة لمستخرجات التقنيات الحديثة سواء كانت رسمية أو عرفية .

أولاً : الحجية الناقصة فى الإثبات للمستخرجات الرسمية لوسائل التكنولوجيا الحديثة :

٥٤ - تثبت هذه الحجية للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الرسمية الأصلية إذا طلب أحد الأطراف مراجعتها على هذه الأخيرة ، فإذا تبين عدم المطابقة أو عدم وجود الصورة الأصلية وتعدرت المطابقة ، أمكن الاعتماد بالصورة الرسمية الثانية كمبدأ ثبوت بالكتابة - إذا كانت صادرة ممن نسبت إليه وكان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها بالصورة الأصلية . وإن كان رأى الغالب لا يعترف بهذه الصورة إلا على سبيل الاستداس .

ثانياً : الحجية الناقصة للمستخرجات العرفية لوسائل التقنية الحديثة :

٥٥ - تتمتع المستخرجات العرفية للوسائل التكنولوجية الحديثة بحجية ناقصة إذا لم تكن موقعة ممن نسبت إليه ، بل كانت مكتوبة بخطه أو بخط نائبه حيث يكن اعتبارها فى هذه الحالة بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة يمكن استكماله بالبينة أو القرائن . وتثور الصعوبة بالنسبة لمستخرج الحاسب الإليكترونى بجهاز الموزع الآلى للأوراق النقدية ، *le distributeur automatique des billets* ، حيث لا يتوافر بالنسبة له الشرط الثانى من شروط مبدأ الثبوت بالكتابة والمتعلق بضرورة صدور المحرر من المدعى عليه أى ممن يدعى فى مواجهته بصدور المحرر منه . فقد ذهب البعض إلى إعطائه قيمة وحجية مبدأ الثبوت بالكتابة استناداً لتوافر شروط هذا المبدأ ، خاصة الشرط

المتعلق بصدور المحرر من الخصم المدعى عليه ، لأن تدخل هذا الأخير فى إصدار المستخرج لا يمكن إهماله حيث يقوم بأعمال إيجابية - مثل إدخال الرقم السرى وتحديد المبلغ المطلوب سحبه ، تساهم فى اعتبار المستخرج صادراً منه - فضلاً عن صدوره من الطرف الآخر البنك بحيث يمكن الاحتجاج به ضدهما واعتباره مبدأً ثبوت بالكتابة يمكن اكماله بالبينة أو القرائن . وتتمتع بنفس الحجية الناقصة الرسائل التى تتم بطريق (الانترنت) ، فيمكن التمسك بها على مرسلها باعتبارها صادرة منه وإن لم تكن تحمل توقيع ، باعتبارها مبدأً ثبت بالكتابة يتعين تكملة بالبينة أو القرائن . كذلك إذا كان المحرر المنقول بطريق الفاكس يمكن نسبته إلى من صدر منه أو من نائبة وتحقق بالنسبة له شرط جعل التصرف محل الإثبات قريب الاحتمال ، توافر بصدده بداية الثبوت بالكتابة ، ويتعين استكمالها بأدلة أخرى .

الفرع الثالث

سلطة القاضى فى تقدير الدليل المستمد

من التقنيات الحديثة

٥٦ - يلعب القاضى دوراً مهماً فى عملية الإثبات . فبعد أن كانت الخصومة حكراً على الخصوم يحركونها كما يشاءون ، أصبح للقاضى دوراً إيجابياً فى تسييرها ، ولم يعد دوره يقتصر على انتظار ما يقدمه الخصوم من أدلة ووسائل إثبات ، بل تخطى ذلك إلى مرحلة وحرص المشرع فيها على زيادة إيجابية القاضى وفعاليته ، بتزويده بمزيد من حرية الحركة فى هذه المرحلة الهامة - مرحلة الإثبات - من مراحل الدعوى حتى لا يترك كشف الحقيقة رهيناً بمبارزة الخصوم وحدهم والحرص على استقرار الحقوق وسد باب الحيلة أمام طلاب الكيد أو هواة المظل ، .

٥٧ - وتبدو مظاهر هذا الدور الإيجابى ، ومدى ما يتمتع به من حرية فى الإثبات ، فى أن للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود وفى الأحوال التى يجيز القانون فيها الإثبات بشهادة الشهود ، متى رأت فى ذلك فائدة للحقيقة (مادة ٧٠ إثبات) . وللقاضى توجيه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين (مادة ١١٩ إثبات) ، وله أيضاً استجواب الخصوم (مادة ١١٠٥ إثبات) .

والى جانب هذه المظاهر العامة لاجابية دور القاضى فى عملية الإثبات ، فهناك مظاهر أخرى خاصة يبدو فيها بوضوح الدور الذى عهد به المشرع للقاضى من أجل تقدير قيمة الدليل المستمد من مستخرجات وسائل تكنولوجيا حديثة .

فالى جانب السلطة التى يتمتع بها فى نطاق الإثبات فى المواد التجارية حيث يجوز له الاستعانة بالوسائل التكنولوجية الحديثة التى يستند إليها - مثل الفاكسات أو التلكسات أو الحاسب الإلكترونى - فى تكوين عقيدته عن طريق أخذه - من بينها - بالدليل الذى يقتنع به ، فقد جاءت المادة ١١٣ من قانون الإثبات وأجازت - فى حالة تخلف الخصم عن الحضور بغير عذر مقبول أو إذا امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانونى - للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن فى الأحوال التى ما كان يجوز فيها ذلك . فيعتبر تخلف الخصم فى هذه الحالة بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة، كما يسمح للمحكمة أن تستشف ما يصح أن يستشف من هذا التخلف عن الحضور .

فإذا كان الخصم قد تمسك بمستخرج لحاسب آلى أو فاكس أو تلكس أو لمصغرات فيلمية ، ورأت المحكمة استجواب خصمه حول هذا المستخرج ، فامتنع عن الحضور أو حضر الاستجواب ورفض الرد على أسئلة المحكمة ، جاز لهذه الأخيرة الأخذ - بناء على سلطة تقديرية تتمتع بها - بهذا المستخرج فى تكوين عقيدتها .

٥٨ - كذلك للقاضى دور هام فى مجال تطبيق مبدأ الثبوت بالكتابة بالنسبة لكل كتابة صادرة من الخصم ومن شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال . فأى مستخرج حديث صادر عن الخصم ، إذا قدر القاضى أن من شأنه أن يشكل مبدأ ثبوت بالكتابة ، استكماله بالبينة أو القرائن للاستناد إليه فى عملية الإثبات . ولا يشترط أن يكون المحرر - كما ذكرنا - صادراً بصورة مادية من الخصم ، بل يمكن أن يكون الصادر معنوياً أى بأن يكون هو الذى أُملى المحرر أو أقر ما به من بيانات دون أن يحمل المحرر توقيع . كما لو كان مستخرجاً لحاسب آلى ذكر فيه - دون أو يوقعه - بيانات معينة ، يمكن أن تساهم فى إظهار الحقيقة . فيكفى على سبيل المثال أن يذكر فيه الدين الملتزم بسداده ، دون تعيين مقداره ، مما يجعل الأمر خاصاً لتقدير القاضى ، الذى له أن يقدر أن الواقعة المطروحة عليه قريبة الاحتمال . والقاضى يستقل بتقديره مستنداً إلى فهمه للواقع دون رقابة عليه أو معقب من محكمة النقض طالما كان تقديره سائغاً .

٥٩ - فإذا توافرت الشروط السابقة ، جاز للقاضى أن يستكمل هذا الدليل عن طريق الاستعانة بما يجده فى الدعوى من قرائن .

إلا أن هذا الموقف الإيجابي للقاضي لا يحول دون التزامه - عند مباشرة إجراءات الإثبات -
بالقواعد التي يتضمنها قانون الإثبات والمتعلقة بطرق الإثبات والأحوال التي يتعين نفيها اللجوء
إلى كل طريق والإجراءات الواجب مراعاتها عند إتباعه لأي طريق وعند تقديره لقوة الدليل
المستخلص منه .

خاتمة

٦٠ - تناولنا في هذا البحث إيضاح أهمية التطور العلمى الذى لحق بوسائل نقل المعلومات ووسائل الاتصالات ، وما تثيره من تساؤلات قانونية تتعلق بالأثر المترتب على الأخذ بها والاعتماد عليها فى مجال الإثبات المدنى . فقد بدأنا حديثنا عن المخاطر التى يمكن أن تتعرض لها البيانات والمعلومات المتبادلة عن طريق وسائل التكنولوجيا الحديثة بصورة قد تؤثر على مصدقيتها فى عملية الإثبات . فالخطأ سواء كان بشرياً أو فنياً أو طبيعياً يهدد سلامة وصحة البيانات والمعلومات التى تصدر عن التقنيات الحديثة مما يمس حجيتها عند اللجوء إليها كوسيلة إثبات . إلا أن إخضاع أجهزة وسائل التكنولوجيا الحديثة للمراقبة المستمرة يسمح بتلافى هذه النوعية من العيوب وأعلى الأقل التخفيف من آثارها ويلقى بعبء الإثبات على عاتق من يدعى وجود مثل هذه العيوب بصورة تمس صحة مستخرجات هذه الوسائل .

أما عن الغش فى مجال استخدام وسائل التقنية الحديثة ، فقد تم اللجوء إلى وسائل عديدة من أجل التقليل من آثار هذا الخطر حيث تمثل بعضها فى استخدام أجهزة حديثة يمكن عن طريقها كشف حالات الغش ، وتمثل البعض الآخر فى التدخل التشريعى لمكافحة ومواجهة حالات الغش والقرصنة أو التخريب . وقد ذكرنا أن القانونين الفرنسى والإنجليزى يعاقبان على محاولات السطو أو التخريب أو لإفساد النظم المعلوماتية .

٦١ - وقد تناول بحثنا هذا الصعوبة الناشئة عن الأخذ بالمطلق للمبدأ الذى يقضى بضرورة أن يكون الدليل صادراً من الخصم الذى يتمسك فى مواجهته بالدليل . وقد دفعت هذه الصعوبة المشرع إلى وضع بعض الاستثناءات ، أجاز فيها للشخص أن يتمسك بدليل اصطنعه لنفسه ، كحالتى مثال الدفاتر التجارية ، والمحركات التى يتدخل فى صنعها الغير .

٦٢ - وقد انتقلنا بعد ذلك لدراسة مدى قبول مستخرجات التقنيات الحديثة فى الإثبات أمام المحاكم المدنية فى التشريعات المقارنة ثم فى التشريع المصرى .

ففى التشريع الفرنسى ، فإلى جانب اعترافه بقيمة الدعامات الصادرة عن تقنيات علمية حديثة فى مجال المحاسبات والضرائب واللوائح الاجتماعية ، فقد وضع المشرع الفرنسى بعض القواعد العامة فى القانون المدنى ، كأساس لقبول المستخرجات الصادرة عن وسائل التكنولوجيا الحديثة فى عملية الإثبات .

فقام بتعديل نص المادتين ١٣٤١، ١٣٤٨ منه ، وأجاز إثبات حقيقة الإلتزام بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك مستخرجات وسائل المعلوماتية وشبكتها عن بعد - إذا وجد مانع يحول دون حصول الشخص على دليل كتابى - كما فى حالة التعاقد عن طريق الهاتف أو الحاسبات الإلكترونية .

كما أجاز أيضاً الإثبات بصورة المحرر وأعطى لها حجية ، إذا كانت نسخاً مطابقاً ودائماً للأصل . فإذا لم يتوافر لها شرطى المطابقة والثبات ، فإن القضاء الفرنسى أضفى عليها قوة إثباتية باعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ولو لم يكن الأصل موجوداً بالفعل .

٦٣ - وقد برزت أهمية استخدام مستخرجات التقنيات الحديثة - فى مجال العمل القانونى - أمام المحاكم المصرية ، لذلك كان من الضرورى بحث مدى إمكانية الاعتراف لها بحجية فى نطاق عملية الإثبات أمام هذه المحاكم فى ضوء النصوص التشريعية الحالية لقانون الإثبات المصرى .

ومن خلال بحثنا ، تبين لنا أن الكتابة تحتل مقام الصدارة بين أدلة الإثبات ، إلا أن نصوص قانون الإثبات لا تحول دون الاعتراف لمستخرجات وسائل التكنولوجيا الحديثة بحجية تتفاوت قوتها ما بين الكمال والنقصان . فإذا كان المستخرج يتصف بالرسمية يتمتع بالحجية لصدوره عن جهة رسمية ، وإذا كان صورة لمحرر رسمى ، فقد استعرضنا الحالات المتعددة لحجية صورة المحرر الرسمى سواء فى حالة وجود أصل المحرر أو فى حالة عدم وجوده . أما إذا اتصف المستخرج بالعرفية وكان صادراً ممن نسب إليه واعترف به أو لم ينكره ، حاز الحجية كاملة .

٦٤ - وقد يتمتع المستخرج التقنى بحجية ناقصة سواء كان رسمياً أم عرفياً . فبالنسبة للمستخرج الرسمى ، إذا كان عبارة عن صورة رسمية مأخوذة من الصورة الرسمية الأصلية وبمطابقته بالأصل تبين عدم المطابقة أو تعذرت المطابقة لعدم وجود الأصل ، أمكن الاعتداد بالمستخرج كمبدأ ثبوت بالكتابة وإن كان هناك رأى لا يعترف به إلا على سبيل الاستئناس .

وقد ذكرنا أن المستخرج العرفى لوسائل التكنولوجيا الحديثة يتمتع بحجية ناقصة إذا كان مكتوباً بخط من نسب إليه أو بخط نائبه بحيث يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة يمكن استكمالته بالبينة والقرائن .

ويتمتع القاضى استناداً لدوره الإيجابى فى عملية الإثبات بسلطة تقديرية فى تقدير قيمة الدليل المستمد من مستخرجات وسائل التقنية الحديثة . فقد تعرضنا لإستثناءات التى قررها المشرع

على قاعدة ضرورة الإثبات بالدليل الكتابي إذا ما زادت قيمة التصرف القانوني عن ٥٠٠ جنيه ، وأبرزنا دور القاضى فى تطبيق مبدأ الثبوت بالكتابة بالنسبة لكل كتابة صادرة من الخصم ومن شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال . فأى مستخرج أو دعاية حديثة صادرة عن الخصم ، تخضع لتقدير القاضى من حيث كونها تشكل مبدأ ثبوت بالكتابة ، مما يتطلب استكماله بالبينة أو القرائن .

٦٥ - خلاصة القول أن أغلب التشريعات المقارنة قد عمدت إلى تعديل قوانينها بما يسمح بقبول وسائل التكنولوجيا الحديثة فى عملية الإثبات ، وذلك بما يتلاءم مع إنتشار وسائل المعلوماتية والاتصال عن بعد .

وقد ظهرت بوادر هذا التطور فى قانون التجارة المصرى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حيث نص فى المادة ٢٦ منه على قبول مصغرات الميكروفيلم - المحفوظ عليها صور المراسلات والبرقيات وغيرها - فى الإثبات بدلاً من الأصل لمدة خمس سنوات من تاريخ إرسالها أو تسلمها ، على أن يكون لها حجية الأصل إذا روى فى إعدادها وحفظها واسترجاعها القواعد والضوابط التى يصدر بها قرار من وزير العدل .

كما نصت المادة ٥٨ منه على أن يكون إعداز المدين أو إخطاره فى المواد التجارية بإنذار رسمى أو بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ، وفى حالة الاستعجال يمكن أن يكون الإعداز أو الإخطار ببرقية أو تلكس أو فاكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال السريعة .

٦٦ - وقد استجاب المشرع الفرنسى للتطورات المتلاحقة لوسائل التكنولوجيا الحديثة ، فأحدث تعديلاً - بالقانون الصادر فى ١٢ يوليو ١٩٨٠ - على نص المادة ١٣٤٨ من القانون المدنى قبل من خلاله الإثبات بالصورة التى تكون مطابقة ودائمة للأصل الذى لم يحتفظ به . كما جاء تعديل سنة ١٩٨٣ للمواد من ٨ : ١٧ من القانون التجارى ليبدل ما أسماه بالتسجيلات المحاسبية بدلاً من الدفاتر التجارية التقليدية ، وقرر صلاحية دعائم المعلومات الدقيقة للإثبات .

وعلى الرغم من أن التعديل والتغير فى القواعد القانونية هو من سنة الحياة لتكون أكثر مسايرة للتطورات المتتابة فى مجال المعلوماتية والاتصال عن بعد ، فإننا نرى أنه من خلال فهم متطور واسع للقواعد التقليدية المطبقة حالياً على عملية الإثبات يمكن استيعاب وقبول مستخرجات وسائل التكنولوجيا الحديثة كأدلة إثبات بعد توفير كل ما يضمن مصداقيتها ويؤكد الثقة والإطمئنان إليها .

بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني

د / على سيد قاسم
استاذ القانون التجارى
كلية الحقوق - جامعة القاهرة

مقدمة

١ - كان لثورة الاتصالات أثر كبير على العلاقات الانسانية لا يقل أبداً عن الأثر الذى أحدثته الثورة الصناعية منذ ما يزيد على قرنين من الزمان . والمعاملات التجارية بين الشعوب لم تكن بمنأى عن هذه المؤثرات بل كانت فى بؤرة ما رتبته من تحولات . وقدر حجم الصفقات التجارية التى تبرم عن طريق شبكة الإنترنت «شبكة شبكات» "Le reseau des reseaux" فى الولايات المتحدة الأمريكية وحدها بعشرات المليارات من الدولارات (١) . وشاع استخدام تعبير التجارة الإلكترونية "Commerce électronique, Electronic commerce" وأهتم المشرعون فى كثير من البلاد بتنظيمها بهدف توفير الأمان والثقة بين المتعاملين . وكان للجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة فضل السبق عندما أصدرت القانون النموذجى بشأن التجارة الإلكترونية سنة ١٩٩٦ (٢) ، كما عقدت مجموعة العمل الخاصة بالتجارة الإلكترونية عدة دورات شاركت فيها جمهورية مصر العربية لوضع قانون موحد للتوقيع الإلكتروني (٣) . والتوقيع فى رأينا هو نقطة الارتكاز التى يدور حولها الإثبات المدنى . فالتوقيع هو الذى يبعث الحجية فى الورقة العرفية ، فلا يشترط لصحة الورقة العرفية وإضفاء الحجية عليها إلا توقيع من نسبت إليه بالإمضاء أو ببصمة الختم أو ببصمة الإصبع (٤) ، فالقانون المصرى « أقام حجية الأوراق العرفية على شهادة ذات الإمضاء أو الختم الموقع به عليها » (٥) .

خطة البحث

٢ - سنكرس هذه الدراسة لموضوع التوقيع الإلكتروني ، فنبين أولاً : تقنية التوقيع الإلكتروني (١) ثم نستعرض القواعد التى انتهت إليها مجموعة العمل الخاص بالتجارة الإلكترونية التابعة للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية ، والتنظيم القانونى للتوقيع الإلكتروني فى المجموعة المدنية الفرنسية بعد تعديلها فى ١٣ مارس سنة ٢٠٠٠ (٦) ، على ضوء توجيه الجماعة الأوروبية رقم ٩٣ . الصادر فى ١٣ ديسمبر ١٩٩٩ (٧) ، الذى أدخل تعديلاً جذرياً على قواعد الإثبات المدنى (٨) ، آخذين فى الاعتبار أن القانون الفرنسى هو المصدر التاريخى للقانون المصرى (٩) . على أننا سنستهل ببيان المقصود بالتجارة الإلكترونية .

تمهيد

المقصود بالتجارة الإلكترونية

٣ - تحديد المقصود بالتجارة الإلكترونية ليس مسألة سهلة ، فإذا نظرنا إلى وسائل التبادل الإلكتروني للمعلومات والبيانات ، فإن نطاقها يتسع ليضم إلى جانب المعاملات التجارية علاقات أخرى ثقافية واجتماعية وإدارية . لذلك نقترح الوقوف عند التعريف الوارد في دليل التشريع الملحق بقانون الأونسيترال النموذجي الصادر سنة ١٩٩٦ والذي قصر مدلول هذا الإصطلاح على : التبادل الإلكتروني للبيانات EDI المتصلة بالتجارة ، ^(٩) ، أي تبادل رسائل المعلومات المتعلقة بالتجارة من حاسوب إلى حاسوب آخر بطريقة نمطية وموحدة ، وبث الرسائل الإلكترونية المفتوحة الخاصة عبر شبكة الانترنت ، ويشمل ذلك : البريد الإلكتروني ، والرسائل الصادرة مباشرة بواسطة الحاسوب والتي يلقاها المرسل إليه في صورة برقية مطبوعة ، كما يمتد أيضاً ليضم وسائل أقل تطوراً كالتلكس والفاكس والنسخ البرقي (Télécopie) ^(١٠) . على أن أهم ما يميز التجارة الإلكترونية أنها تعتمد على وسائط مبرمجة بواسطة الحاسوب تتابع تلقائياً وميكانيكياً دون تدخل من البشر ^(١١) ، مما يبعد بينها وبين التبادل التقليدي للمعلومات والبيانات عن طريق المستندات الورقية . ويتناول هذا التعريف عناصر ثلاثة :

أولاً : العمل التجارى :

٤ - نصت المادة الأولى من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على أن أحكامه تنطبق على رسائل البيانات المستخدمة في سياق أنشطة تجارية ، ^(١٢) . فينبغي أن نكون بصدد أعمال تجارية على النحو الذى حدده قانون التجارة ^(١٣) . ولقد أسبغ المشرع ثوب التجارة على مشروعات التوريد والبيع العقاري ، والمباني ، والنقل ، والصناعات التحويلية والاستخراجية ، والطباعة والنشر ، والتصوير ، والبحث الفضائي عبر الأقمار الصناعية ، والبنوك والصرافة ، ومشروعات الملاهى العامة ، وتربية الدواجن والمواشى بقصد بيعها ^(١٤) . كما اعتبر المشرع عمليات شراء المنقولات أو استئجارها بقصد بيعها أو تأجيرها ، وعمليات تأسيس الشركات ^(١٥) ، والأعمال المتعلقة بالملاحة البحرية أو الجوية أعمالاً تجارية ولو وقعت مرة واحدة ^(١٦) . مع ملاحظة أن هذه الأعمال التى عدتها المواد ٤ و ٥ و ٦ من قانون التجارة قد جاءت على وجه المثال ولم ترد على سبيل الحصر ^(١٧) .

٥ - وإعمالاً لنظرية المشروع (La theorie de l'entreprise) التي أيدناها كمعيار للعمل التجارى (١٨) ، نقترح تعريف التجارة الإلكترونية بأنها ، التبادل الإلكتروني للبيانات والمعلومات المتعلقة باستغلال المشروع (L'entreprise) ، فتشمل إذن تبادل البيانات فى مجال علاقات المشروع الاقتصادى بالموردين والممولين والموزعين والعملاء ، وجهة الإدارة والمشروعات المنافسة (١٩) .

ثانياً : علاقات التجارة الإلكترونية لا تعتمد على الوسائط الورقية :

٦ - على خلاف المعاملات التجارية التقليدية التى تستند إلى المحررات المعدة سلفاً لإثبات التصرفات القانونية ، فإن شاشة الحاسوب لا تقدم سجلاً مادياً يمكن الاحتفاظ به واستخدامه عند الحاجة ، ولا مناص عندئذ من استخراج المعلومات والبيانات المخزنة داخل الحاسوب فى صورة مطبوعة أو مسجلة على شرائح ممغنطة (٢٠) ، وهذه يسهل تغييرها أو تعديلها دون ترك أثر للتحريف ، وقد يلتقطها شخص غير المرسل إليه لبتلاعب بها ثم يطلقها مرة ثانية دون علم المصدر أو المرسل إليه ، ولا يوجد أصل للمستند يمكن التحقق من مطابقة الرسالة له للتأكد من سلامتها (٢١) . والتعامل على شبكة الإنترنت يضيف صعوبات جديدة لأنه يدور بين أطراف لا يعرف بعضها بعضاً . وأصل الرسالة عبارة عن مجموعة من البيانات مخزنة فى ذاكرة الحاسوب (٢٢) ، والمخرج لا يعدو أن يكون صورة لا تحمل توقيعاً يعول عليه ويمنعها الحجية ، وتقول محكمة النقض : لا حجية لصور الأوراق العرفية ولا قيمة لها فى الإثبات إلا بمقدار ما تهذى إلى الأصل إذا كان موجوداً فيرجع إليه . أما إذا كان الأصل غير موجود فلا سبيل للاحتجاج بالصورة إذ هى لا تحمل توقيع من صدرت منه والتوقيع بالإمضاء أو ببصمة الختم أو ببصمة الإصبع هى المصدر القانونى الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية ، (٢٣) .

٧ - بيد أن الاستغناء عن المحررات الورقية فى نطاق التجارة الإلكترونية لا يغير من الطبيعة القانونية للتصرفات التى يجريها الأطراف ، وإنما يتعلق فقط بوسائل تبادل المعلومات والبيانات الخاصة بالصفقات التجارية . فالأعمال التجارية التقليدية والأعمال التجارية الإلكترونية إن اختلفت شكلاً فإنها تتحد من حيث الجوهر والمضمون (٢٤) .

ثالثاً : علاقات التجارة الإلكترونية تتخطى الحدود الإقليمية للدول :

٨ - إن عالمية التجارة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالتقنية المستخدمة المعتمدة على الحاسبات الآلية . ووسائل الاتصال المتقدمة والمفتوحة على كل الشعوب والتى جعلت من الكرة الأرضية قرية واحدة (٢٥) ،

وكفى بشبكة الإنترنت دليلاً على ذلك فالمشروع الذى يعرض منتجاته أو خدماته فى موقعه على شبكة الإنترنت يتوقع عقد صفقات تجارية مع أشخاص منتشرين فى كل أنحاء العالم ، فكل من يجلس أمام حاسوب مرتبط بالشبكة من عملائه المحتملين . ولا شك فى أن إبرام مثل هذه الصفقات القانونية قد طرح العديد من التساؤلات حول تحديد وقت ومكان إبرام العقد ، وصحة الرضاء ، وحماية المستهلك ، وكيفية الدفع ، وطرق الإثبات (٢٦) ؟ وهناك أيضاً مشكلة المعاملة الضريبية ، فالولايات المتحدة الأمريكية كما جاء على لسان الرئيس (كلينتون) ترغب فى أن تكون التجارة عبر شبكة الإنترنت معفاة من أى ضرائب جديدة ومتحررة من الحواجز الجمركية ، ورأى البعض إخضاع عمليات تبادل المعلومات لضريبة خاصة على القيمة المضافة ، وذهب فريق ثالث إلى ضرورة إخضاع صفقات التجارة الإلكترونية لنفس الضريبة على القيمة المضافة المفروضة على الأعمال التجارية التقليدية (٢٧) .

المبحث الأول

التوقيع الإلكتروني من الناحية التقنية

وضع المشكلة :

٩ - إذا كانت التجارة الإلكترونية هي استراتيجية المستقبل بالنسبة للمشروعات الإقتصادية ، فإن التبادل التجارى عبر الشبكات المفتوحة فى حاجة إلى الأمان الذى يستمد من ثقة المتعاملين فى فحوى رسالة البيانات (٢٨) ، ومن الحماية القانونية ضد أعمال القرصنة الإلكترونية . والمعروف أن رسالة البيانات تنتقل من حاسوب إلى حاسوب آخر فى صورة إشارات كهربائية عبر وسائل الاتصال العادية ولا سيما خطوط الهاتف ، وهى لا توفر الأمان المطلوب إذ يمكن التلاعب فى مضمون الرسالة ، وقد يلتقطها الغير ليعيد إطلاقها بعد تحريفها دون شاهد على تغييرها ، وقد ينكرها من صدرت منه (٢٩) ، كما قد تعرض للالاف بسبب الأعطال الفنية التى تصيب الأجهزة المستخدمة .

وفى الشبكات المغلقة يمكن التغلب على هذه الصعوبات بمقتضى اتفاقات تبرم بين الأطراف كما هو الحال بالنسبة لبطاقات الدفع ، أو فى الشبكة الدولية لنقل الأموال والمعلومات بين البنوك الأعضاء فيها (Swift) (٣٠) . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن « من الجائز أن تتم الكتابة وتخزن بأى واسطة كانت بما فيها النسخ البرقى طالما أمكن التحقق من سلامتها وصحة نسبة فحواها إلى من يدعى صدورها منه ، أو إذا ينازع فيها » (٣١) . أما فى الشبكات المفتوحة كشبكة الإنترنت فإن وسائل الأمان يجب أن تستهدف : التعرف على مصدر الرسالة .

التأكد من أن الرسالة قد وصلت إلى المرسل إليه بالحالة التى أرسلت بها .

المحافظة على سرية رسالة البيانات وتخزينها بطريقة آمنة .

ولتوفير أكبر قدر من السرية للرسائل ظهر نظام التشفير ، كما درج العمل على استخدام التوقيع الرقمى أكثر أنواع التوقيعات الإلكترونية إنتشاراً . والحقيقة أن الصلة وثيقة بين النظامين (٣٢) .

المطلب الأول

التشفير

أولاً : عجالة تاريخية :

١٠ - يراد بالتشفير (Cryptologie) مجموعة من الوسائل الفنية التي تستهدف حماية سرية معلومات معينة عن طريق استخدام رموز خاصة تعرف عادة باسم المفاتيح (٣٣) . وتشفير البيانات يستهدف المحافظة على سلامتها وتأمين خصوصيتها فلا يستخدمها غير من وجهت إليه .

وضمان سرية الرسائل ولا سيما تلك المتعلقة بالأمور العسكرية كان شاغلاً للشعوب منذ أقدم العصور، فتفننت في وسائل الإخفاء والتمويه ، كأن تكتب الرسالة على الرأس الحليق لأحد العبيد ثم يلتظر حتى ينبت الشعر ، ويطلق العبد بعدها حاملاً الرسالة إلى المرسل إليه ، ومن ذلك أيضاً استخدام الأبحار السرية .

وفي مرحلة لاحقة كتب يوليوس قيصر رسائله إلى قادة جيوشه بأسلوب خاص ، فكانت حروف الكلمات ترتب بطريقة متفق عليها . ولجأ الإغريق القدماء إلى كتابة الرسائل على قطعة من الورق ، يجب بسطها بطريقة خاصة على محور معين حتى يمكن قراءتها وبغير ذلك تصبح مجرد حروف لا معنى لها .

وفي الحرب العالمية الثانية استخدم الألمان أشهر آلة كهربائية للتشفير المعروفة باسم (Enigma) مما حث الحلفاء على ابتكار الحاسبات الآلية الأولى (Bombe) و (Colossus) لفك رموز هذه الشفرات .

وحتى سنة ١٩٦٧ تقريباً كان أن يكون استخدام التشفير قاصراً على الأغراض العسكرية والدبلوماسية (٣٤) . ومع ظهور الإنترنت التي كانت بدورها ثمرة للتعاون بين وزارة الدفاع الأمريكية والجامعات لإنشاء شبكة يصعب تدميرها ، تربط بواسطة حاسبات آلية عملاقة مراكز المعلومات والأقمار الصناعية الأمريكية المثبوتة في أنحاء المعمورة ، واتصلت بها فيما بعد مراكز الأبحاث والخدمات المختلفة ثم الشبكات الوطنية . وفي سنة ١٩٨٣ قررت وزارة الدفاع الأمريكية فصل الجزء العسكري (Milnet) عن باقي الشبكة (٣٥) . على أننا نؤكد مع البعض أن تأسيس وازدهار شبكة الإنترنت لم يستند إلى وجود اتفاقية دولية ولا إلى تشريع أو توجيه من أي نوع ، وإنما اعتمدت على نشأتها وتنظيمها على المبادرات الفردية ، دون تدخل من السلطات العامة ، على الأقل في السنوات الأولى من عمرها (٣٦) .

ومع تقدم وسائل الاتصال كما ذكرنا ، واتجاه المشروعات نحو العالمية بحثاً عن فرص جديدة للاستثمار والإنتاج والتوزيع ، وازدياد الاستخدام التجارى لشبكة الشبكات ، أضحت التشفير وسيلة للمحافظة على سرية البيانات الشخصية بعد أن كان مقصوراً على الاستخدامات العسكرية وأجهزة الاستخبارات (٣٧) .
ولذلك اهتم الفينيون بالبحث عن أساليب جديدة لتشفير المعلومات أكثر سرعة ، وأيسر استعمالاً ، وتحقيق أكبر قدر من الأمان للمتعاملين ، وتتكون من نمطيات رياضية معقدة (algorithmes matéma-
tiques) (٣٨) .

١١ - والتشفير من الناحية الفنية يحصل فى إعادة كتابة رسالة البيانات قبل تصديرها باستخدام رمز أو مفتاح معين يفترض الربط بين البيانات والأرقام ، على أن تتوافر لدى المرسل إليه القدرة على استعادة الرسالة فى صورتها الأصلية قبل تشفيرها (٣٩) .

والرمز أو المفتاح قد يكون متماثلاً أو غير متماثل :

أولاً : المفتاح المتماثل :

١٢ - ويخلص هذا النظام فى استخدام مفتاح واحد (Clé symétrique) لتشفير الرسالة من ناحية ولفك الشفرة من ناحية أخرى . فيكون المفتاح ذاته فى حيازة كل من المرسل والمرسل إليه ، ولا يعلم به أحد غيرهما ، وينبغى على كل منهما المحافظة على سرية هذا الرمز طوال فترة استخدامه حتى لا يطلع عليه الغير . ومن ذلك نظام (DES) الشائع الاستعمال الآن ، ولا سيما فى مجال المعاملات المصرفية (٤٠) .

ويتميز التشفير المتماثل بأنه لا يحتاج إلى حاسبات ذات قوة كبيرة ، كما لا يستغرق فك شفرته وقتاً طويلاً . ويؤخذ على هذا النظام أنه يعتمد على مفتاح واحد يتعين إرساله بكل سرية وبوسيلة آمنة إلى المرسل إليه ليتمكن من استعادة الرسالة وفهم مضمونها . وهى عملية مكلفة للغاية ومحفوفة بالمخاطر (٤١) .
فإذا كانت هناك وسيلة مؤمنة فإن إرسال الرسالة بها قد يعد الأسلوب الأسهل ، (٤٢) ، كما يفترض نظام التشفير المتماثل سبق معرفة المرسل بالمرسل إليه ، وهو افتراض قد لا يتحقق فى التجارة عبر الشبكات المفتوحة .

ثانياً : المفتاح غير المتماثل :

١٣ - فى هذه الطريقة ينقسم مفتاح التشفير إلى جزئين : مفتاح عام (Clé publique) ومفتاح خاص (Clé privée) . وعلى الرغم من الصلة الوثيقة بين المفتاحين فإنه من غير الممكن التعرف على

أحد المفتاحين من خلال المفتاح الآخر، فالمفتاحين العام والخاص غير متماثلين (Asymétrique).
والفضل في اكتشاف أسلوب التشفير غير المتماثل يعود إلى (Rivest, Shamir et Adleman) الباحثين
بمعهد ماساشوسيتس للتكنولوجيا (٤٣).

ووفقاً لهذه الطريقة تشفر رسالة البيانات بواسطة المفتاح الخاص الذي يبقى في حيازة صاحبه. أما
المفتاح العام فيستخدم لفك رموز رسالة البيانات، ويوزع على كل ذي شأن (٤٤).

١٤ - والتشفير غير المتماثل يحافظ على سرية رسالة البيانات ولكنه وحده لا يساعد على التعرف
على مصدر الرسالة الذي يستطيع أن يجدها، كما لا يحول دون التلاعب في قحوها. فقد يلتقط الغير
الرسالة يعدل في مضمونها ثم يطلقها من جديد دون أن يترك شاهداً على التحريف. ويحتاج نظام
التشفير غير المتماثل إلى قنوات اتصال إلكترونية خاصة، ويتوقف نجاحه على مدى تعقيد النمطية
الرياضية (Algorithme mathématique) المستخدمة في اشتقاق مفاتيح التشفير (٤٥).

المطلب الثاني

كيف يعمل التوقيع الإلكتروني

أولاً : تعريف التوقيع الإلكتروني وصوره :

١٥ - يراد بالتوقيع الإلكتروني (Electronic signature, Signature électronique) كما
جاء في المادة الثانية من المشروع الذي أعدته مجموعة العمل الخاصة بالتجارة الإلكترونية التابعة للجنة
الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي مجموعة بيانات مدرجة بشكل إلكتروني في رسالة بيانات أو مضافة
عليها أو مرتبطة بها منطقياً، يجوز أن تستخدم لتحديد هوية حائز التوقيع بالنسبة لرسالة البيانات، ولبيان
موافقة حائز التوقيع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات، (٤٦).

ويستند هذا التعريف إلى الطبيعة غير المادية لرسالة البيانات من ناحية، وإلى وظيفة التوقيع من
ناحية أخرى (٤٧).

١٦ - والحقيقة أن التوقيع الرقمي (Digital signature numérique) هو أكثر أنواع التوقيعات
الإلكترونية استخداماً، ويعمل وفقاً لنظام التشفير غير المتماثل. فمن طريق المفتاح الخاص يضع المرسل
توقيعه على رسالة البيانات، وبواسطة المفتاح العام يمكن التعرف على الجهة الحائزة على المفتاح الخاص (٤٨).

بيد أن هناك أساليب أخرى للتوقيع الإلكتروني ، كاستخدام قلم خاص للتوقيع على شاشة الحاسوب أو على جهاز خاص متصل به ثم يحل إلى قيم رقمية يستعين بها المرسل إليه في التحقق من صحة التوقيع . ولا نعرف ما سوف يسفر عنه التقدم التقنى فى المستقبل (٤٩) .

وفى جميع الأحوال إذا كان التشفير يستهدف المحافظة على سرية الرسالة وخصوصيتها ، فإن التوقيع الإلكتروني يسمح بالتحقق من سلامتها ، ويمكن من التعرف على مصدرها كما يفيد موافقته على البيانات الواردة فيها (٥٠) .

ثانياً : التمييز بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع اليدوى :

١٧ - أوجب المشرع إثبات التصرفات القانونية غير مقدرة القيمة أو التى تزيد قيمتها على خمسمائة جنيه بالكتابة دون البيينة والقرائن (٥١) . فيجب أن تكون هناك ورقة مكتوبة ، ولا يشترط فى الكتابة فى شرط خاص لا من حيث صيغتها ولا من حيث طريقة تكوينها . فكل عبارة دالة على المعنى المقصود تصلح بعد توقيعها أن تكون دليلاً على موقعها . وهى تصلح لذلك أيًا كانت لغة التعبير أو طريقة التدوين . فتجوز الكتابة بلغة غير لغة البلاد أو بلغة من اللغات القديمة ، بل تجوز برموز خاصة متى كان الطرفان يحتفظان بمفتاح لهذه الرموز معتمد منهما ، ويجوز أن تكون الكتابة خطية سواء أكانت بخط موقعها أو بخط غيره وسواء أكان الخط بالمداد أو بالرصاص أو بغيرهما ، كما يجوز أن تكون مطبوعة بأية وسيلة من وسائل الطباعة أو مكتوبة على الآلة الكاتبة ، (٥٢) . كل ما يلزم أن تذيّل الورقة العرفية المتخذة كدليل للإثبات بتوقيع من صدرت منه ، ، فالكتابة غير الموقعة - ولو كانت بخط الشخص المنسوبة إليه - لا تعدو أن تكون مشروعاً يحتمل الاعتماد أو عدمه ، (٥٣) .

١٨ - وعلى الرغم من أن التوقيع (Signature) هو الشرط الجوهري لصحة الورقة العرفية وحجيتها على من تنسب إليه (٥٤) ، فإن القانون المصرى على غرار المجموعة المدنية الفرنسية قبل ١٣ مارس سنة ٢٠٠٠ لم يقدم تعريفاً للتوقيع (٥٥) .

وبصح التوقيع بالإمضاء أو بالختم أو ببصمة الإصبع (٥٦) . كما أجاز المشرع الفرنسى التوقيع بسحب الكمبيالة أو بتظهيرها بخط اليد أو بأى طريقة أخرى كآلة ميكانيكية مثلاً (à la griffe) (٥٧) . وأقر قضاء محكمة النقض الفرنسية قبل ١٣ مارس سنة ٢٠٠٠ بصحة التوقيع عن طريق تكوين رقم سري مصحوباً ببطاقة الدفع (٥٨) . المهم أن يتوافر فى التوقيع ، أيًا كانت طريقة كتابته ما يكفى للتعريف

(بالموقع) وتحقيق غرض الشارع،^(٥٩) ويدل على إرادة الموقع في اعتماد الورقة العرفية والالتزام بمضمونها^(٦٠). ولا يشترط بعد ذلك أن يكون « التوقيع مقروءاً أو كاشفاً عن اسم صاحبه، أو أن يتم توثيق التوقيع على الورقة العرفية ببصمة خاتم لموقعها أو محررة على مطبوعات تحمل اسمه،^(٦١) .

فالتوقيع إذن ينهض بوظيفتين : تحديد هوية مصدر الورقة من ناحية، وقبوله الالتزام بمضمونها من ناحية أخرى^(٦٢). وهى الوظائف نفسها التى نصت عليها المادة ١٣٢٢ - ٢ من المجموعة المدنية الفرنسية بعد تعديلها بالقانون رقم ٢٣٠ الصادر فى ١٣ مارس سنة ٢٠٠٠ والتى سنعرضها فيما بعد^(٦٣) .

١٩ - بيد أن عقود التجارة الإلكترونية تجرى عن بعد، فتبرم بين غائبين لا يعرف عادة بعضهم بعضاً. إذا ينبغي على كل متعاقد أن يعرف نفسه بالمتعاقد الآخر، فيقدم بعض البيانات التى تساعد على تحديد هويته، غير أن الكشف عن الهوية على شبكة مفتوحة ليس عملية آمنة تماماً، فقد يقتلص شخص مخادع بيانات شخص آخر ويقدمها على أنها خاصة به، أو يضع عنواناً ليس له^(٦٤) .

فالبائع مثلاً لا يعرف المشتري، ولا يستطيع أن يتحقق من أهليته لإبرام التصرف القانونى، بل قد يقع تحت طائلة قانون العقوبات فى البلاد التى تحرم عرض أعمال أو سلع من طبيعة خاصة على الأطفال غير المميزين أو الصبية ناقصي الأهلية^(٦٥). والمشتري بدوره قد لا يعرف البائع، فالصفقة لا تتم داخل محل تجارى، وإنما يقف العميل أمام مجرد عروض مقدمة على شاشة الحاسوب عبر شبكة مفتوحة، أى بصدد متاجر محتلمة (Galeries marchandes virtuelles)^(٦٦)، فيلتقى الإيجاب والقبول، عن بعد بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل،^(٦٧) .

٢٠ - وإذا كان التعاقد بين حاضرين يتم تحت سمع كل من طرفيه وبصره، إذ يستطيع كل متعاقد أن يتحقق بنفسه ومباشرة من هوية الطرف الآخر، كما أن كلا منهما يوقع بخط يده أمام الآخر وتحت رقابته، فإن التوقيع الإلكتروني على خلاف ذلك يتركب من مجموعة من الأرقام أو الحروف ولا ينضمن عنصراً خاصاً يمكن معه القطع بنسبة التوقيع إلى شخص معين. ومن ثم صار لزاماً تدخل شخص ثالث يحظى بثقة المتعاملين تكون مهمته التصديق على صحة المعلومات المتبادلة والتأكد من هوية صاحب التوقيع يسمى « بجهة التصديق »، Information certifier, Certificateur d'Informations، وقد يعهد إلى هذه الجهة باشتقاق المفاتيح الخاصة المستخدمة فى التوقيعات وتوزيعها على المشتركين لديها^(٦٨) .

وتصدر جهة التصديق شهادة تتضمن المعلومات المطلوبة عن الشخص المراد التحقق من هويته (الاسم ، وتاريخ الميلاد ، والموطن) ، كما تؤكد للمرسل إليه أن المفتاح العام الذي استخدمه لفك رموز رسالة البيانات والتوقيع الممهور به يتطابق تماماً مع المفتاح الخاص الموجود في حيازة الموقع ، وأن الرسالة قد وصلت إليه بالحالة التي أرسلت بها (٦٩) .

ومن ثم فإن الثقة في التوقيع الإلكتروني تعتمد أساساً على الشهادة الصادرة من جهة التصديق ، كما تتوقف على سلامة الأجهزة المستخدمة في إنشاء التوقيع ولذا على مشروع القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني ، وتوجيه الاتحاد الأوروبي في ٢٩ نوفمبر ١٩٩٩ ، بالنور الذي تنهض به جهات التصديق (٧٠) .

٢١ - ولجهة التصديق دور آخر : ففي الصفقات التي تجرى عبر شبكة الإنترنت ، عندما يريد أحد الأطراف إثبات عقد مثلاً أبرمه مع أحد عملائه فإنه يلجأ بالضرورة إلى البيانات التي احتفظ بها في نظامه الإلكتروني ، مما يصدم بمبدأ عام في الإثبات يحظر على الشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه ، والذي أكدّه القضاء الفرنسي ، عندما رفضت محكمة النقض الفرنسية قبول البيانات التي سجلتها شركة السكك الحديدية إلكترونياً وتلقائياً عن حركة القطارات لنفي مسؤوليتها عن ضرر لحق بأحد الركاب ، استناداً إلى المبدأ المتقدم (٧١) . ولا شك أن تدخل شخص محايد كجهة التصديق مثلاً يساعد على اقتحام هذه العقبة دون مخالفة لهذا المبدأ القانوني المستقر (٧٢) .

المبحث الثاني

التنظيم القانوني للتوقيع الإلكتروني

٢٢ - انتهينا إلى أن التوقيع الإلكتروني عبارة عن مجموعة من المعلومات مدرجة بشكل إلكتروني في رسالة بيانات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ارتباطاً منطقياً تستخدم لتحديد هوية الموقع وإثبات موافقته على محتوى الرسالة ، وتؤكد سلامتها (٧٣) . ومع تعاظم حجم التجارة الإلكترونية وأهميتها المتزايدة، تدخل المشرع في كثير من البلاد لسن قواعد تحكم النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني منها قانون التوقيع الرقمي الألماني الصادر سنة ١٩٩٧ ، والمرسوم بقانون البرتغالي الصادر في ٢ أغسطس ١٩٩٩ (٧٤) ، وقانون التوقيع الإلكتروني الأمريكي الصادر في ٣٠ يونيو ٢٠٠٠ والمعمول به اعتباراً من أول أكتوبر ٢٠٠٠ ، والقانون الفرنسي رقم ٢٣٠ الصادر في ١٣ مارس سنة ٢٠٠٠ ، وقانون لوكسمبورج الصادر في ١٤ أغسطس سنة ٢٠٠٠ ، والقانون البلجيكي الصادر في ٢٠ أكتوبر سنة ٢٠٠٠ . ومن قبل التوجيه الصادر من الاتحاد الأوروبي في ١٣ ديسمبر ١٩٩٩ . وهناك أيضاً مشروع القانون النموذجي في شأن التوقيع الإلكتروني الذي أعدته مجموعة العمل الخاصة بالتجارة الإلكترونية التابعة للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي في دورتها الثامنة والثلاثين (٧٥) ، والمتوقع إقراره من اللجنة المذكورة (UNCI- TRAL, CNUDCI) في الصيف القادم بإذن الله (٧٦) .

وسنحاول فيما يلي أن نعرض معالم التنظيم الذي تضمنه مشروع القانون النموذجي (١) ، ثم نعالج أحكام التنظيم الفرنسي كما بيّنه القانون رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ (٢) .

المطلب الأول

مشروع القانون النموذجي الخاص

بالتوقيع الإلكتروني

٢٣ - كرست مجموعة العمل الخاصة بالتجارة الإلكترونية والتابعة للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي ثمان دورات (من الدورة ٣١ إلى الدورة ٣٨) لإعداد مشروع قانون نموذجي في شأن

التوقيع الإلكتروني ، ويتضمن المشروع فى صورته النهائية اثنتى عشرة مادة ، وسيعرض على لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى فى دورتها الرابعة والثلاثين التى ستعقد فى الفترة من ٢٥ يونيه إلى ١٣ يوليو القادم .

وينهض مشروع القانون النموذجى على أسس ثلاثة :

- ١ - الحياد بشأن فى التوقيع الإلكتروني .
- ٢ - المساواة بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع اليدوى .
- ٣ - دور شهادة التصديق والعلاقات القانونية المرتبطة بها .

بيد أننا ننبه قبل عرض معالم التنظيم النموذجى إلى أن قواعده لا تخل بمبدأ سلطان الإرادة ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ولا تطبق إلا على العلاقات التجارية ، فلا تمس بالنصوص القانونية الوطنية التى تستهدف حماية المستهلك . كما أنها لا تتعارض مع الأحكام العامة للعقود بوجه خاص .

أولاً : الحياد التقنى :

٢٤ - قد تعدد الوسائل الفنية المستخدمة فى إنشاء التوقيع الإلكتروني ، فهناك التوقيع الرقوى المستند إلى نظام التشفير غير المتماثل^(٧٧) ، والتوقيع بواسطة قلم خاص على شاشة الحاسوب ، أو على جهاز متصل به ، وقد يكون إشارة صوتية ، أو غيرها من الوسائل التى قد يتوصل إليها التقدم التقنى فى المستقبل . وتعامل المادة الثالثة من المشروع النموذجى كل هذه الوسائل التقنية على قدم المساواة ، فلا يفضل بعضها على بعض طالما كان التوقيع الإلكتروني المستخدم قد استوفى الاشتراطات الجوهرية التى نصت عليها الفقرة الأولى من المادة (٦) من مشروع القانون النموذجى ، أو الشروط الأخرى التى قد يقتضيتها القانون واجب التطبيق^(٧٨) . فقد يتطلب القانون واجب التطبيق مثلاً استعمال طريقة محددة ، أو يفرض معايير معينة للتوقيع الإلكتروني ، وعندئذ ينبغى احترام أحكامه . المهم أن تكون الطريقة المتبعة فى التوقيع الإلكتروني من الممكن الوثوق بها ، والاطمئنان إليها بالقدر الذى يتناسب مع الغرض الذى أنشئت من أجله رسالة البيانات ، والظروف التى أحاطت بها ، وما اتفق عليه الأطراف . إذ يملك الأطراف مثلاً الاتفاق على استبعاد بعض الطرق الفنية للتوقيع الإلكتروني أو تقييد استخداماتها .

٢٥ - ويختص قاضى الموضوع بالفصل فى النزاع حول سلامة الوسيلة الفنية المستخدمة فى التوقيع الإلكتروني ، ومدى إمكان التعويل عليها ، آخذاً بعين الاعتبار درجة التقدم التقنى فى الأجهزة التى استعان بها الأطراف ، وطبيعة نشاطهم ، والتعاملات السابقة بينهم .

وأهمية الصنفقة التى تثار الخلاف بشأنها ، وكفاءة أنظمة الاتصال ، وشهادات التصديق الصادرة من الجهات المختصة (٧٩) .

٢٦ - - والحقيقة أن نص المادة الثالثة من مشروع القانون النموذجى للتوقيع الإلكتروني لا يعدو أن يكون ترديداً للمبدأ الذى أعلنته من قبل المادتان السادسة والسابعة من القانون النموذجى للتجارة الإلكترونية ، وأكد حياد قواعد القانون الموحد إزاء الوسائل التقنية المستخدمة فى التوقيع أو فى إنشاء رسائل البيانات ، ذلك لأن الشارع قد لاحظ التطور السريع فى وسائل الاتصال والأجهزة الفنية التى تعتمد عليها التجارة الإلكترونية ، فلم يرغب فى تقييدها بنظام خاص . فلا يجوز إذن إنكار الأثر القانونى للتوقيع الإلكتروني بمجرد أن الموقع قد لجأ إلى طريقة فنية معينة دون أخرى .

على أن مجموعة العمل التى أعدت مشروع القانون النموذجى قد استجابت لاعتبارات عملية فركزت جهودها على تنظيم التوقيع الإلكتروني المستند إلى نظام التشغيل غير المتماثل ، حيث يمكن أن تتدخل جهة التصديق لتبث الثقة بما تصدره من شهادات وما تفرضه على المتعاملين من التزامات فى التوقيعات الإلكترونية (٨٠) .

ثانياً : المساواة بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع اليدوى :

٢٧ - لعل الهدف الرئيسى الذى يسعى إليه مشروع القانون النموذجى هو تيسير استخدام التوقيعات الإلكترونية ومعاملة الوسائط الإلكترونية على قدم المساواة مع الوثائق الورقية (٨١) . والحقيقة أن مشروع القانون النموذجى بشأن التوقيع الإلكتروني قد نسج على منوال قانون الأونسيترال النموذجى للتجارة الإلكترونية الصادر سنة ١٩٩٦ فى كثير من المسائل :

(أ) قانون الأونسيترال النموذجى بشأن التجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦ :

تضمن القانون النموذجى ثلاث قواعد استهدفت تحقيق المساواة بين رسالة البيانات والوثيقة الورقية :

١ - ساوت المادة السادسة من قانون التجارة الإلكترونية النموذجي بين رسالة البيانات والمستند الورقي متى تيسر الإطلاع عليها ، وأمكن الرجوع إليها بعد ذلك لتقديمها كدليل في الإثبات ، عن طريق الحواس البشرية أو بواسطة أجهزة الحاسبات الآلية (٨٢) .

٢ - على الرغم من أن رسالة البيانات المبلغة إلى المرسل إليه ليست أصلاً (original) ، وإنما مجرد صورة (copy) مما يعد عقبة كئوداً في طريق نمو وإزدهار التجارة الإلكترونية ، إذ عند المنازعة يثور التساؤل حول نوع الوثيقة وطبيعتها ؟ ولإزالة هذا العائق اعتبرت المادة الثامنة من قانون التجارة الإلكترونية النموذجي رسالة البيانات بمثابة الأصل متى وجد ما يؤكد على ضوء الغرض الذي أنشئت من أجله والظروف التي أحاطت به ، سلامة المعلومات التي تضمنتها وعدم تغييرها منذ لحظة إنشائها لأول مرة ، وأمكن مواجهة من تشهد عليه بمحتواها .

٣ - اعترفت المادة التاسعة من قانون التجارة الإلكترونية النموذجي بحجية رسالة البيانات في الإثبات ، فلا يجوز إنكار هذه الحجية لأنها مجرد رسالة بيانات أو لأنها ليست في شكلها الأصلي (original form) طالما أنها كانت أفضل دليل (The best evidence) يتوقع بدرجة معقولة من الشخص الذي يتمسك بها أن يحصل عليه . ويؤخذ في الاعتبار عند تقدير هذه الحجية الطريقة التي أنشئت أو أبلغت أو خزنت أو استخدمت في المحافظة على رسالة البيانات ، وعلى سلامة المعلومات الواردة فيها .

(ب) مشروع القانون النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني :

٢٨ - وعلى نفس النهج قدمت الفقرة (أ) من المادة الثانية من مشروع القانون النموذجي تعريفاً للتوقيع الإلكتروني مستمداً من الدور الذي ينهض به التوقيع التقليدي كأداة لتحديد هوية الموقع وإثبات موافقته على فحوى المحرر (٨٣) .

ثم جاءت الفقرة الأولى من المادة السادسة من مشروع القانون النموذجي لتؤكد ذلك صراحة ، ففصت على أنه ، عندما يتطلب القانون وجود توقيع فإن هذا الشرط يتحقق بالنسبة لرسالة البيانات إذا استخدم توقيع إلكتروني يمكن التعويل عليه بالقدر الذي يكون مناسباً للغرض الذي أنشئت من أجله أو أبلغت رسالة البيانات ، .

وأقامت الفقرة الثالثة من المادة السادسة قرينة قانونية بسيطة مؤداها أن التوقيع الإلكتروني يصبح موثقاً به ، ومن ثم يصح التعويل عليه متى توافرت الشروط الآتية :

١ - إذا كانت الأداة التي أستخدمت في إنشائه تخص الموقع دون غيره .

٢ - وإذا كانت أداة التوقيع لحظة إجرائه تحت سيطرة الموقع وحده .

٣ - إذا كان من الممكن اكتشاف أى تحريف يطرأ على التوقيع الإلكتروني بعد صدوره .

٤ - في الحالات التي يتطلب فيها القانون سلامة الرسالة الموقعة ، يلزم أن يكون متيسراً اكتشاف أى تعديل يطرأ على رسالة البيانات بعد توقيعها ، ويستعان على ذلك باستعمال أنماط رياضية وفنية معينة كنظام التقطيع مثلاً (Hashing function) (٨٤) .

ثالثاً : شهادة التصديق (La certification) :

٢٩ - قلنا أن من بين المبادئ التي توخاها مشروع القانون النموذجي في شأن التوقيع الإلكتروني مبدأ الحياد التقني ، ومع ذلك فإن نظرية التوقيعات الرقمية القائمة على نظام التشفير غير المتماثل كانت بمثابة الخلفية الفكرية لدى أعضاء مجموعة العمل التي أعدته ، باعتبارها أكثر أنواع التوقيعات انتشاراً . حيث يقوم منشئ رسالة البيانات بوضع توقيع مستخدماً مفتاحاً شخصياً أو خاصاً ثم يبعث بالمفتاح العام اللازم لفك الشفرة إلى المرسل إليه . غير أن المرسل إليه قد لا يعرف منشئ الرسالة ، أو قد يخشى التعويل عليها ولا سيما إذا كانت على شبكة مفتوحة كالإنترنت ، إذ يستطيع شخص من الغير أن يلتقطها ثم يطلقها من جديد بعد أن يتلاعب في مضمونها . كما أن من تنسب إليه الرسالة قد ينكرها ، متى قدر أن الصفة لم تعد ملائمة له . لذلك فإن المرسل إليه الحريص يشترط تقديم شهادة تصدر من جهة موثوق بها تؤكد مطابقة المفتاح العام للمفتاح الخاص المستخدم في التوقيع وتحدد هوية حائز المفتاح الخاص ، كما تبين اسم الجهة مصدرة الشهادة والدولة التابعة لها ، وتاريخ صلاحية الشهادة وغير ذلك من البيانات الهامة (٨٥) .

وتنشأ عن شهادة التصديق علاقات قانونية بين أطراف ثلاثة :

(أ) مقدم خدمة التصديق

:(Prestataire de services de certification, Certifier)

٣٠ - وفقاً للفقرة الأولى من المادة السابعة من مشروع القانون النموذجي ، فإن مقدم خدمة التصديق قد يكون إدارة ، أو شخصاً طبيعياً ، أو معنوياً عاماً أو خاصاً ، تعينه الدولة المختصة ليحدد التوقيعات الإلكترونية التي تتوافر فيها الشروط المنصوص عليها في المادة السادسة من ذات المشروع ^(٨٦) .

ومقدم خدمة التصديق يصدر شهادة تشير إلى المفتاح العام اللازم لفك شفرة الرسالة ، وتؤكد أن هذا المفتاح العام يتطابق مع المفتاح الشخصي أو الخاص المستخدم في التوقيع ، وتحدد حائز هذا المفتاح الخاص .

وتتخذ شهادة التصديق بدورها صورة رسالة بيانات ، لذلك فمن المتصور أن تتدرج جهات التصديق من الصعيد المحلي إلى المستوى الوطني ، بل وقد تعمل على المستوى الدولي ^(٨٧) . وقد تنشر شهادات التصديق في دليل يشبه دليل التليفونات . يبين حائزى المفاتيح الخاصة المتطابقة مع المفاتيح العامة الموضوعة تحت تصرف المرسل إليهم ، وبعض المعلومات الضرورية عن عملاتها .

وعلى مقدم خدمة التصديق عند الدخول بمهام أو وظيفته أن يحترم المعايير العالمية المعتمدة من المنظمات المعنية مثل (ISO) و (IETF) ^(٨٨) ، وغرفة التجارة الدولية ، وأن يراعى العادات والأعراف التجارية .

٣١ - على أن المادة التاسعة من مشروع القانون النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني ، فرضت على مقدمى خدمات التصديق عدة التزامات ^(٨٩) .

١ - تلتزم جهة التصديق بأن تتصرف وفقاً للمبادئ والسياسات التي تعلنها في مواعيقيها أو تثبتها في نشراتها لإدارة نشاطها المهني ، وأن تستخدم أنظمة ومعدات وموارد بشرية جديرة بالثقة .

٢ - على جهة التصديق أن تتخذ الإجراءات المعقولة لضمان دقة وسلامة المعلومات الواردة في الشهادات التي تصدرها .

٣ - يجب على جهة التصديق أن تذكر في الشهادات الصادرة منها (اسمها ، موطنها ، وطبيعتها القانونية ، وجنسياتها ، وغيرها من البيانات المتعلقة بهويتها) .

٤ - يتعين على جهة التصديق أن تضع تحت تصرف الطرف الذى يعتمد على وجود شهادة التصديق ، الوسائل المعقولة ليتحقق من أن الموقع المحددة هويته فى الشهادة كان يسيطر بالفعل وقت التوقيع على الأداة الفنية اللازمة لإجرائه ، وأنها كانت وقت التوقيع سارية المفعول ولم تتعرض لما يثير الشبهة .

٥ - تلزم جهة التصديق بأن توفر أيضاً للطرف الذى يربط إلى وجود الشهادة الوسائل الممكنة ليتعرف على الطريقة المتبعة لتحديد هوية الموقع . والقيود التى ترد على قيمة أو موضوع التصرّفات التى يستخدم التوقيع الإلكتروني من أجلها .

٦ - على جهة التصديق أن توفر خدمة سريعة لإلغاء الشهادات المتعلقة بتوقيعات تعرضت أدواتها لما يثير الشبهات (٩٠) .

٧ - ويسأل مقدم خدمة التصديق عن تعويض الأضرار الناشئة عن إخلاله بواجباته القانونية ، وعليه أن يثبت فى الشهادة حدود هذه المسؤولية وفقاً لقانونه الوطنى ، على أن يؤخذ فى الاعتبار اللققات اللازمة لإصدار الشهادة ، وطبيعة المعلومات التى تضمنتها ، ومدى مساهمة خطأ المضرور فى إحداث الضرر .

٣٢ - ولكى تحظى جهة التصديق بثقة المتعاملين ، عليها أن تلتزم الحياد فلا تكون له أى مصلحة مالية أو غير مالية فى الصفقة التى أشلت بمناسبةها رسالة البيانات المزيلة بالتوقيع المصدق عليه . وينبغى عليها أن تمسك سجلاً كاملاً بما أصدرته من شهادات ، وأن تحتفظ به لمدة مناسبة . إذ قد يطلب منها إقامة الدليل أمام القضاء على صحة المعلومات الواردة فى شهادة صدرت منها ، وذلك بعد سنين عديدة تالية لوقت إنشاء رسالة البيانات وإبرام الصفقة المتعلقة بها (٩١) .

(ب) الموقع (The signature holder, Signataire) :

٣٣ - يجب على مستخدم التوقيع الإلكتروني أن يحافظ على سرية الأداة المستخدمة للتوقيع ، ولا يعرضها لخطر السرقة أو الضياع ، وألا يسمح لغير الأشخاص الذين فوضهم في التصرف نيابة عنه باستخدام أدوات التوقيع . ولقد نصت المادة الثامنة من مشروع القانون النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني، على عدد من الواجبات يمثل الحد الأدنى الذي يتعين على الموقع أن يتقيد به (١٢) :

١ - ينبغي على حائز أداة التوقيع الإلكتروني أن يقدم البيانات الدقيقة والكاملة اللازمة لإصدار شهادة التصديق ، وأن يبذل العناية المعقولة لضمان سلامة هذه البيانات طوال مدة صلاحية الشهادة .

٢ - على حائز أداة التوقيع الإلكتروني أن يتخذ الاحتياطات المعقولة لمنع استخدام هذه الأداة استخداماً غير مآذون به .

٣ - يتعين على حائز أداة التوقيع متى علم بأن أداة التوقيع قد تعرضت لما يثير الشبهة ، أو بأن هناك ظرفاً يحتمل معها تعرض أداة التوقيع لما يثير الشبهة ، أن يبادر إلى إخطار ذوي الشأن بذلك ، وبدون تأخير لا مبرر له ، فعليه مثلاً أن يخطر كل شخص يعتقد أنه سيرتكب إلى التوقيع الصادر عنه ، كما يخطر أيضاً جهة التصديق بما تعرضت له أداة التوقيع من شبهة .

(ج) المرسل إليه الذي يرتكن إلى التوقيع الإلكتروني أو إلى شهادة التصديق :

٣٤ - المرسل إليه الذي يتلقى رسالة بيانات موقعه على شبكة مفتوحة كشبكة الإنترنت عليه أن يتخذ بعض الاحتياطات المعقولة قبل أن يعول على هذه الرسالة ويمتدح ثقته لمرسلها ، كأن يقرن قبوله مثلاً بالإيجاب الذي تضمنته الرسالة . ومن الاحتياطات المعقولة التي ينبغي على من يرتكن إلى التوقيع الإلكتروني (La partie se fiant à la signature ou au certificat) نصت المادة الحادية عشر من مشروع القانون النموذجي على :

١ - على المرسل إليه أن يتخذ الإجراءات المعقولة والمناسبة للتحقق من صحة التوقيع الإلكتروني .

٢ - إذا كان التوقيع الإلكتروني مصحوباً بشهادة تصادق على نسبته للموقع ، فعلى المرسل إليه أن يتحقق من صحة الشهادة ، وأنها لم تلغ أو يوقف أثرها . وأن يراعى ما تضمنته من قيود أو شروط تحد من نطاقها .

٣٥ - ويؤخذ في الاعتبار عند تقدير درجة العناية المعقولة المطلوبة من المرسل إليه ، الذي يرتكن إلى التوقيع الإلكتروني أو إلى شهادة التصديق طبيعة الصفقة وقيمتها ، والعلاقات السابقة بين الأطراف إن وجدت ، وما يقضى به العرف والعادات التجارية .

فإذا لم يبذل المرسل إليه هذا القدر المطلوب من العناية المعقولة قبل أن يرتكن إلى التوقيع الإلكتروني أو شهادة التصديق ، فعليه أن يتحمل تبعة عدم تحرزه وإهماله .

والحقيقة أن مشروع القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني ترك تحديد الجزاء الذي يوقع على المرسل إليه المهمل للقانون واجب التطبيق وفقاً لقواعد تنازع القوانين .

المطلب الثاني

القانون الفرنسي رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠

والتوقيع الإلكتروني

وضع المشكلة :

٣٦ - الإثبات هو قيام حياة الحق ومعقد النفع منه ، (٩٣) ، فلا قيمة لحق لم يقيم الدليل عليه (٩٤) .
وأحكام إثبات التصرفات القانونية في مجموعة نابليون المأخوذة عن أمر دي مولان (L'ordonnance de Moulins) الصادر في فبراير سنة ١٥٦٦ تؤكد مبدأ سمو الدليل الكتابي على غيره من وسائل الإثبات الأخرى كالبيينة والقرائن (٩٥) . ولعمرك أنه أيضاً المبدأ الذي تبناه بدوره المشرع المصري عندما نظم الإثبات في الباب السادس من الكتاب الأول من المجموعة المدنية ، ثم من بعد في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الخاص بالإثبات في المواد المدنية والتجارية الذي وضع قاعدة عامة مؤداها :

(أ) في غير المواد التجارية لا يجوز إثبات التصرفات القانونية إذا زادت قيمتها على خمسمائة جنيه (٩٦) .

(ب) لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة ، حتى ولو كانت قيمة التصرف القانوني المدني لا تزيد على خمسمائة جنيه .

(ج) ومع ذلك فقد استثنى الشارع حالات معينة من وجود الإثبات بالكتابة وأجاز إثباتها بشهادة

الشهود ، وهي :

١ - إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة .

٢ - إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي .

٣ - إذا فقد الدائن سند الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه (٩٧) .

(د) أما في المواد التجارية فيجوز إثبات الإلتزامات التجارية أيًا كانت قيمتها بكافة طرق الإثبات ، كما يجوز إثبات عكس ما اشتمل عليه دليل كتابي أو إثبات ما يجاوز هذا الدليل بكافة طرق الإثبات . وذلك كله ما لم يشترط القانون الإثبات بالكتابة (٩٨) .

٣٧ - والحقيقة أن المقصود بالكتابة التي تعنيها قواعد الإثبات هي المستندات الورقية التي تحمل توقيع من تنسب إليه . فاستخدام الورق من السمات المميزة للمدنية الحديثة . (٩٩) فلم يكن عجباً أن يتحدث الفقهاء عن الأوراق الرسمية والأوراق العرفية ، والدفاتر والأوراق المنزلية (١٠٠) . ومع تقدم وسائل الاتصال الحديثة والاستخدام المتزايد لشبكة الإنترنت في إبرام الكثير من التصرفات القانونية ، ونمو التجارة الإلكترونية ، ظهر التناقض بين قواعد الإثبات التقليدية المستندة إلى الأوراق المكتوبة وبين طبيعة التجارة الإلكترونية التي لا تعتمد على الوسائط الورقية (١٠١) . لذلك كان لزاماً تعديل قواعد الإثبات بما يتلاءم مع حاجات هذه التجارة الجديدة ، فصدر قانون ١٣ مارس سنة ٢٠٠٠ ، في الخاص بتحقيق المواءمة بين قواعد الإثبات وتقنيات المعلومات وفي شأن التوقيع الإلكتروني .

٣٨ - والمعروف أن القضاء قد قام بدور خلاق عند تفسير قواعد الإثبات محاولاً التوفيق بين ثبات النصوص القانونية من جانب ، والمتغيرات العملية من جانب آخر . فاتجه في خطوة أولى إلى تقرير أن قواعد الإثبات تتناول حقوقاً فردية إذ يملك كل خصم النزول عن حقه ، ومن ثم فإنها لا تتعلق بالنظام العام (١٠٢) . ولا تثريب على الخصوم إذا ما اتفقوا على تطبيق قواعد دون أخرى ، كأن يتفقوا مثلاً ، على الإثبات بالكتابة حيث يجوز الإثبات بالبينة ، أو على ، الإثبات بالبينة حيث يجب الإثبات بالكتابة ، (١٠٣) . والمشرع المصري قنن فيما بعد هذا القضاء في المادة ٤٠٠ من المجموعة المدنية ثم في المادة ٦٠ من قانون الإثبات رقم ١٣٥ لسنة ١٩٦٨ (١٠٤) .

وفي خطوة ثانية بعد أن أنكرت محكمة النقض الفرنسية كل قيمة قانونية للصورة الضوئية (pho- tocopte) (١٠٥) ، عادت واعتبرت في حكمها الصادر في ١٤ فبراير ١٩٩٥ الصورة الضوئية لإقرار

بدين صادر من المدين مبدأ ثبوت بالكتابة طالما أن المدين لم ينزع في سلامتها (١٠٦) ، وأجازت أيضاً استخدام التوقيع الإلكتروني متى كان ذلك محلاً لاتفاق الأطراف بمناسبة إصدار بطاقة الدفع (١٠٧) .

ثم أجازت هذه المحكمة العليا صحة الكتابة الثابتة في برقية تليفونية (Télécopie) كشرط لقبول التنازل عن دين مهني ، طالما أمكن التحقق من سلامتها وصحة نسبة فحواها إلى ممن يدعى صدورها منه ، أو إذا لم ينزع منها "peut être établi et conservé sur tout support et compris par télécopie, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées ou ne sont pas contestées". (١٠٨)

٣٩ - فالقضاء الفرنسي في نهاية القرن العشرين بدأ يفهم المشكلات المتولدة عن استخدامات الحاسبات الآلية في تبادل البيانات (١٠٩) . غير أن ازدياد حجم المعاملات التجارية التي تبرم من خلال شبكة المعلومات المفتوحة ، وتعاظم أهمية التجارة الإلكترونية كاستراتيجية اقتصادية للمشروعات على المستوى المحلي وعلى الصعيد العالمي دعا المشرع للتدخل ليعد قواعد الإثبات الواردة في الفصل السادس من الباب الثالث من الكتاب الثالث من المجموعة المدنية الفرنسية (المواد من ١٣١٥ إلى ١٣٤٨) وذلك بمقتضى القانون رقم ٢٣٠ الصادر في ١٣ مارس سنة ٢٠٠٠ م (١١٠) ، ليجيز الكتابة بالطريق الإلكتروني كدليل في الإثبات شأنها شأن المحرر الورقي تماماً ، لذلك عرّف الدليل الكتابي واعترف صراحة بالتوقيع الإلكتروني :

أولاً : الدليل الكتابي :

(أ) تعريف الكتابة :

٤٠ - وفقاً لنص المادة ١٣١٦ من المجموعة المدنية الفرنسية بعد تعديلها في ١٣ مارس سنة ٢٠٠٠ « ينتج الدليل الكتابي أو الإثبات بالكتابة من مجموعة من الحروف أو الأشكال أو الأرقام أو الأشارات أو الرموز تعطي معنى مفهوماً ، وذلك بصرف النظر عن دعامتها وعن طريقة انتقالها ، (١١١) ، وينهض التعريف المقدم على عنصرين :

١ - الكتابة مجموعة من الحروف أو الأرقام أو الأشكال أو الإشارات أو الرموز ، أي كانت دعامتها : ورقية ، أو بلاستيكية (ديسكيت أو CD) ، أو مخزنة في ذاكرة الحاسوب ، وبصرف النظر عن طريقة انتقالها ، يدوياً أو برقياً ، أو تليفونياً ، أو بواسطة الفاكس ، أو مباشرة من حاسوب لآخر .

٢ - يشترط في مجموعة الحروف أو الأرقام أو الأشكال أو الإشارات أو الرموز ، أن تعطى حتى ولو كانت مشفرة ، معنى مفهوماً . غير أن تقديم الكتابة المشفرة كدليل للإثبات يقتضى بالضرورة فك رموز الشفرة المستخدمة . فالدليل الكتابي يتضمن بالضرورة رسالة معينة يمكن فهمها وتداولها (١١٢) .

٤١ - والتعريف السابق يوسع من مفهوم الكتابة ، فلم يعد قاصراً على الصك الورقي المكتوب ، وإنما يمتد ليشمل الكتابة بالشكل الإلكتروني (١١٣) ، دون اعتبار للدعامة التي تحمل مجموعة الحروف أو الأرقام أو الأشكال أو الرموز ، ولا لطريقتهما ، سواء أكانت طريقة معروفة أم سيماط اللثام عنها في المستقبل . مما دفع البعض إلى القول بأن المشرع قد جرد تعريف الكتابة (dématérialise la définition de l'écrit) (١١٤) . والخطوة التي اتبعها المشرع الفرنسي تؤكد تبليه لمبدأ الحياد التقني (١١٥) .

(ب) المساواة بين الكتابة بالشكل الإلكتروني والمحرم الورقي :

٤٢ - ساوت المادة ١/١٣١٦ من المجموعة المدنية الفرنسية بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية التي تندمج في المحرم الورقي ، فأجازتها كدليل في الإثبات بنفس القدر المقرر للمستند الورقي (١١٦) ، متى تحقق فيها شرطان :

١ - إذا أمكن تحديد الشخص الذي صدرت منه بصورة مؤكدة (puisse être dûment identifiée la personne dont il émane).

٢ - وإذا تمت الكتابة وخزنت على نحو يحفظ سلامتها . وذلك يتوقف بلا شك على استخدام وسائل موثوق بها في الكتابة الإلكترونية .

على أن شرط استخدام وسيلة موثوق بها (fiable) من أهم العناصر التي تطلبها التشريع الفرنسي رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ لقبول الكتابة الإلكترونية كدليل للإثبات على قدم المساواة مع المحرم الورقي (١١٧) .

٤٣ - قد يحدث تعارض بين دليل مستمد من محرر ورقي وآخر مستمد من محرر إلكتروني ، فلم يفضل المشرع كمبدأ عام أحدهما على الآخر ، وإنما ترك لقاضي الموضوع عند عدم وجود نصوص قانونية أو اتفاق بين الأطراف يحسم الخلاف ، سلطة تقدير أي من الدليلين أقرب إلى الحق (١١٨) ، بصرف النظر عن دعامته . وللقاضي أن يستعين بكافة الوسائل لتكوين عقيده ، فله مثلاً أن ينتدب خبيراً ، أو أن يجرى تحقيقاً للخطوط ، وله أيضاً أن يأمر الخصوم بتقديم المستندات اللازمة للمضاهاة (١١٩) .

٤٤ - على أن المساواة بين المحرر الورقى والكتابة بالشكل الإلكتروني تتوقف عند حدود الإثبات ،
أى عندما تكون الكتابة وسيلة للإثبات (ad probtionem) ، وليست شرطاً لصحة التصرف
القانونى (ad validitatem) . (١٢٠) .

ثانياً : الأثر القانونى للتوقيع الإلكتروني :

(أ) تعريف التوقيع الإلكتروني فى القانون رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ :

٤٥ - قدمت المادة ١٣١٦ - ٤ من القانون المدنى الفرنسى بعد تعديلها فى ١٣ مارس سنة ٢٠٠٠ ،
لأول مرة تعريفاً تشريعياً عاماً ومجرداً للتوقيع (La Signature) (١٢١) . فهى عندما ترد على تصرف
قانونى تحدد هوية واضعها ، وتعبر عن قبول الأطراف للالتزامات الناتجة عن التصرف ، وإذا صدرت
من موظف عام فإنها تصفى الرسمية على التصرف القانونى .

فهو تعريف عام (générale) لأنه يواجه كل صور التوقيع : الخطية ، وبصمة الإصبع ، وبصمة
الختم (à la griffe) ، والتوقيعات الإلكترونية وغيرها .

وهو تعريف مجرد (abstraite) لأن معياره وظيفة التوقيع بصرف النظر عن طريقته (١٢٢) .
فالتوقيع أياً كانت صورته ينهض بدورين هامين :

تحديد هوية الموقع من جانب ، والتعبير عن إرادته فى قبول فحوى المحرر الذى وقعته والالتزام
بمقتضاه من جانب آخر (١٢٣) . أما إذا كان التوقيع صادراً من موظف عام مختص فإنه يسبغ صفة
الرسمية على المحرر الذى يحمله (١٢٤) .

(ب) شروط صحة التوقيع الإلكتروني :

٤٦ - على خلاف التوقيع اليدوى الذى يخطه الموقع بنفسه ، أو ببصمة إصبعه ، أو ببصمة الختم
الذى يضعه الموقع تحت سمع وبصر الطرف الآخر ، وبعد أن يتحقق من شخصيته ، ومن صلاحيته
لإبرام التصرف القانونى . فضلاً عن سهولة الكشف عن تزويره ، أو عن أى تغيير يمكن أن يطرأ على
المحرر الورقى الذى يرد عليه . فإن التوقيع الإلكتروني يمهر تصرفاً يبرم بين غائبين ، وقد جرى عبر
شبكة مفتوحة لا يعرف المتعاملون غالباً بعضهم البعض ، ويتعذر التحقق من صحة نسبته إلى المدعى
صدره منه . كما يصعب اكتشاف ما قد يدخل على الرسالة الإلكترونية المرفق أو المرتبط بها من تحريف (١٢٥) ،
فكلها مجرد بيانات مخزنة فى ذاكرة الحاسوب ، أو مقروءة على شاشته ، أو فى أحد مخرجاته (١٢٦) .
ومن ثم فقد تطلبت المادة ١٣١٦ من المجموعة المدنية الفرنسية أن تكون الوسيلة المستخدمة فى التوقيع

الإلكترونى موثقاً بها "L'usage d'un procédé fiable". على أن المشرع الفرنسى قد ترك مهمة تحديد الشروط التى تدعم الثقة فى الوسائل الفنية المستخدمة فى التوقيعات الإلكترونية ، وتضمن صحة نسبته إلى من صدر منه ، وتكفل سلامة المحرر الإلكتروني المذيل به ، لمرسوم سيصدر فيما بعد من مجلس الدولة (١٢٧) .

٤٧ - ولقد أقامت المادة ٣١٦ من مدنى فرنسى قرينة قانونية مؤداها : أن كل توقيع إلكترونى يتم بوسيلة تتوافر فيها شروط الأمان التى سيحددها مجلس الدولة يفترض أنه توقيع موثق به إلى أن يثبت خلاف ذلك . فهى إذن قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس . كأن ينهض الدليل على أن خلافاً قد أصاب الأجهزة المستخدمة ، أو أن حائز أداة التوقيع قد فقد السيطرة عليها وسبق أن أبلغ ذوى الشأن بذلك ، أو أن هناك ظروفًا خارجية أحاطت بعملية نقل رسالة البيانات التى تحمل التوقيع الإلكتروني مما أدى إلى تكرارها بصورة توحى بأنها عدة رسائل وليست رسالة واحدة (١٢٨) .

الخلاصة

٤٨ - فى قرية عالمية (global village) فى القرن الحادى والعشرين تمثل التجارة الإلكترونية استراتيجية المستقبل للمشروعات الاقتصادية . وعلى المشروعات الوطنية أن تعد نفسها لاقتحام هذا العالم الجديد وإلا فإنها قد تتعرض للذبول والانقراض . كما ستلجأ جماهير المستهلكين إلى وسائل الاتصال الإلكترونية لإشباع احتياجاتها من السلع والخدمات . ولذلك كان من الطبيعى أن يهتم المشرع المصرى وأن تتوالى التوجيهات من قمة السلطة السياسية منبهة إلى ضرورة توفير التنظيم القانونى المناسب لأعمال التجارة الإلكترونية .

ولا شك لدينا فى أن المشرع المصرى عدد صوغ قواعد هذا التنظيم سيستعين بالقوانين النموذجية الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى ، كقانون التحويلات الإلكترونية ، وقانون التجارة الإلكترونية ، وقانون التوقيع الإلكتروني الذى سيعرض فى صورته النهائية على اللجنة فى يوليو القادم ، كما سيحاول أن يستفيد بتجارب الدول الأخرى فى هذا الشأن ، وفى مقدمتها قانون الإثبات الفرنسى رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ الذى أحدث إنقلاباً جذرياً فى أحكام الإثبات فى بلاد القانون المدنى التى نلتقى إليها .

٤٩ - ونعتقد أن تنظيم التجارة الإلكترونية لكى يحقق الأهداف المنتظرة منه ، لا بد أن يتم فى إطار منظومة متكاملة . حزمة واحدة من التشريعات ، يجب أن تضم : قانون محاربة الاحتكار والحد من استغلال مشروع لمركزه المتميز فى السوق ، لتأكيد مبدأ حرية المنافسة . وقانون حماية المستهلك ، حتى لا يظل المستهلك المصرى محروماً من مظلة الأمان التى وفرتها البلاد الأخرى لمواطنيها (١٢٩) ، وفى مقدمتها إقرار حق جمعيات حماية المستهلك فى مباشرة إجراءات التقاضى دفاعاً عن مصلحة كل أو بعض أعضائها ، فالمستهلك الفرد لا يستطيع أن يقف وحده فى مواجهة الديناميكيات الجديدة . وهناك أيضاً القواعد التى تحمى الحريات الفردية وتحظر استخدام البيانات الشخصية المخزنة فى ذاكرة الحاسبات الآلية للإساءة إلى أصحابها ، وتفرض احترام الحياة الخاصة (١٣٠) .

٥٠ - وينبغى أن تنتم القواعد التى توفر الثقة فى وسائل التوقيع الإلكتروني بالمرونة ، لتواجه التقدم التقنى المتسارع فى هذا المجال (١٣١) . فما يعد من المسائل السرية الدقيقة اليوم لا يظل كذلك فى المستقبل

القريب ، ويكفى أن نشير إلى قضية السيد (Humpich) التي نظرتها محكمة جناح باريس في ٢٥ فبراير ٢٠٠٠ ، إذ أثبتت أن نظام الدفع الإلكتروني بالبطاقات الذكية المتبع في البنوك الفرنسية من الممكن اختراقه (١٣٢) .

ويلزم أن تتصف هذه القواعد أيضاً بالشفافية والوضوح كي يتيسر اكتشاف أى تحريف أو تقليد بغير حاجة للاستعانة بكبار المتخصصين من الفنيين مما يتطلب تكاليف باهظة ، وحتى لا يقع المستخدمون العاديون لأجهزة الاتصال الحديثة فريسة سهلة للألعاب القراصنة من المحترفين (١٣٣) .

توصيات الحلقة الدراسية

« الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية »

- ١ - مناقشة المشرع تطوير القوانين التالية : قانون الإثبات وقانون الصرف وقانون العقوبات بما يتناسب مع متطلبات التجارة الإلكترونية وما تقتضيه بالدليل الإلكتروني على قدم المساواة مع الدليل الكتابي والإستفادة في ذلك من القوانين للمودجية الصادرة عن الانسيترال ، ومن تجارب الدول الأخرى .
- ٢ - تطوير الدراسات القانونية والاقتصادية لتناسب مع المتغيرات الحديثة في مجال التجارة الدولية وبصفة خاصة التجارة الإلكترونية .
- ٣ - إصدار مجموعة من التشريعات ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالتجارة الإلكترونية ، ومن أهم هذه التشريعات ما يتعلق بمكافحة الاحتيال ، وحماية المستهلك ، وحماية البيانات الشخصية ، حرصاً على احترام الحريات الفردية .
- ٤ - تشجيع الإدارات الحكومية التي تقدم خدمات للجماهير على استخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة في جميع صورها .
- ٥ - إلزام العاملين في أجهزة الدولة المختلفة باجتياز دورات تدريبية على استخدام الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت .
- ٦ - تطوير العمل في الجهاز المصرفي وسوق المال لاستخدام التقنيات الحديثة ، بما يتجاوب مع حاجات التجارة الإلكترونية ، وما تتضمنه من استعمال وسائل الدفع الحديثة .
- ٧ - وضع معايير مرنة من أجل توفير الثقة والأمان في وسائل الاتصال المستخدمة في التجارة الإلكترونية بما يتجاوب مع المتغيرات المتسارعة في تقنية الاتصال .
- ٨ - تحديد الجهات التي يعهد القانون إليها بالتصديق على التوقيعات الإلكترونية ، ووضع التنظيم القانوني الملزم لعملها .

هوامش

(١) يتوقع أن يصل حجم المبيعات على الأنترنت سنة ٢٠٠٣ إلى ٢٠٣ ترليون دولار وتتم هذه التجارة بمعدل سنوى يصل إلى ٢٠٠٪ ، ومركز الأهرام للتنظيم وتكنولوجيا المعلومات ، الملف الوثائقى للتجارة الإلكترونية ١٩٩٩ ، ولمزيد من الاحصائيات انظر الدكتور رأفت رضوان ، عالم التجارة الإلكترونية ، من ص ٢٠ إلى ص ٢٧ .

(٢) (CNUDCI, UNCITRAL)

(٣) كان للكاتب شرف تمثيل مصرفى معظم الدورات التى عقدتها مجموعة العمل الخاصة بالتجارة الإلكترونية.

(٤) نقض ٤ أبريل ١٩٦٧ ، المجموعة السنة ١٨ ص ٧٦ ، ونقض ٢٨ يناير ١٩٧٥ ، المجموعة السنة ٢٦ ص ٢٦٨ .

(٥) نقض ٢٦ أبريل ١٩٣٤ ، الموسوعة الذهبية ج١ ص ٣٨ رقم ٩٣ ، وانظر الدكتور سليمان مرقس ، أصول الإثبات رقم ٦٥ .

(٦) القانون رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ .

(٧) J. O. C. E. du 19 Janv. 2000.

أصدرت ألمانيا قانون التوقيع الإلكتروني سنة ١٩٩٧ وبدأ العمل به اعتباراً من أول نوفمبر من نفس السنة ، كما صدر مرسوم رئيس الجمهورية الإيطالية فى سنة ١٩٩٧ المعدل فى سنة ١٩٩٩ الذى أعاد تنظيم أحكام الإثبات فى المجموعة المدنية . ووقع الرئيس كلينتون فى ٣ يونية ٢٠٠٠ القانون الاتحادى فى شأن التوقيع الإلكتروني ، انظر : [http : "www. mbc. com/ecommerce. html](http://www.mbc.com/ecommerce.html).

(٨) Huet., Vers une consecration de la preuve et de la signature électronique, D. 2000, (٨) chr., p. 95.

(٩) قانون الأونسبتال النموذجى بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل لتشريع ١٩٩٦ مطبوعات الأمم المتحدة رقم ٧ ، ٨ ، "Echange de données électronique, Echang of data Information" ،

(١٠) الهامش السابق .

Bernhard, How to secure the network, R.D. Aff. Int. 1998, p. (١١)

317; Caprioli et. Soreuil, Le commerce international électronique, J.D.I. 1997, p. 322

رأفت رضوان السابق ص ١٧٤

In the context of commercial activities; Dans le contexte des activités commerciales": (١٢)

وقرب المادة الأولى من مشروع القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني مسند رقم 88 wp. مارس ٢٠٠١

(١٣) قانون التجارة التقليدي هو الذى ينظم الأحكام الموضوعية الخاصة بعمليات التجارة الإلكترونية

"C'est un commerce comme un autre", Vivant, Les contrats de commerce électronique, p. 1.

وانظر رأفت رضوان ، السابق ص ١٦ .

(١٤) المادة ٥ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

(١٥) المادة ٤ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

(١٦) المادة ٦ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

(١٧) مؤلفاً قانون الأعمال الجزء الأول ، رقم ٥٢ .

(١٨) المؤلف السابق رقم ٦٨ ، رقم ٢٨١ .

(١٩) فى هذا الإتجاه بحث للأستاذين .

Caprioli et Soreuil, Le commerce international électronique J. D. I. 1997, p. 323; Jean. Baptiste, Créer et exploiter un commerce électronique, n. 8.

(٢٠) عايش راشد عايش ، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة فى إثبات العقود التجارية ، رسالة القاهرة ١٩٩٨ رقم ١٢ وما بعده .

Bernhard, How to secure the network, R. D. Aff Int 1998, p. 317, Plette-Coudol, (٢١)

Echange électroniques, certification et sécurité, n. 59; Working group on electronic commerce, 38 session, wp. 88, n. 30.

Dupuis-Toubol, Commerce électronique comment apporter la preuve, R. D. Aff. Int. (٢٢)

1998, p. 329' Tonnelier et Dupuis - Toubol. Le Commerce électronique vaut bien une réforme, J. C. P. E. 1998, p. 2011.

(٢٣) نقض ٤ يونيو ١٩٦٨ ، المجموعة السنة ١٩ ص ٦٢٢ ، وأيضاً نقض ٤ يناير ١٩٩٣ المجموعة السنة ٤٤

ص ١٣٧ ، وفى ٢٥ مايو ١٩٩٨ ، المستحدث أكتوبر ١٩٩٧ إلى ٣٠ سبتمبر ١٩٩٨ ص ٢ رقم ٣ .

M. Jean-Baptiste, Créer et exploiter commerce électronique, n. 7. (٢٤)

Caprioli : et Sorieul, art. cit. (global village) voir, Tonnellier et Dupuis - Toubol, art. cit. (٢٥)

Ibid; Bensoussant, Internet, aspects Juridiques, p. 68, et s. ; Dupuis-Toubol, art. cit.; (٢٦)
également, Abels, Paying on the net, R. D. Aff. Int. 1998, p. 349; Bernhard, art. cit.; Espagnon,
Le paiement d'une somme d'argent sur Internet, J. C. P. 1999, 1131; Hass, Commerce électro-
nique : une poutière Juridique, Jurliscom. net. 10 Juillet 1998, sit créée par L. Thoumyre.

M. Jean Baptiste, op. cit. n. 14. نقلاً عن الأستاذة (٢٧)

(٢٨) يراد برسالة البيانات (المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو
صوتية أو بطرق مشابهة ، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية ، والبريد الإلكتروني ،
والبرق أو التلكس والنسخ البرقي) الفقرة (د) من المادة الثانية من المشروع المقدم في الدورة السادسة والثلاثين للقانون
النموذجي للتوقيع الإلكتروني ، والفقرة (ج) من المادة الثانية من المستند رقم (wp. 88) مارس ٢٠٠١ .

Plette - Coudol op. cit. n. 12. (٢٩)

Bernhard, art. cit. (٣٠)

، قواعد الإثبات ليست من النظام العام ويجوز الإتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمناً ، نقض ١ مارس ١٩٧١
المجموعة السنة ٢٢ ص ٢٨٩ ، وأجازت محكمة النقض الفرنسية استخدام التوقيع الإلكتروني متى كان متفقاً عليه بين
الأطراف حكمها في ٨ نوفمبر ١٩٨٩ دالوز ١٩٩ ص ٣٦٩ وتعليق (جافلدا) وفي المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٩٠
ص ٧٨ مع ملاحظات (كابريك) و (تيسيه) ، و(ريك كابريولى) القانون والنظمة ، يناير ١٩٩٩ ص ٨٨ .

"L'écrit ... peut être établi et conservé sur tout support, y Compris télécopies, dès lrs (٣١)
que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur designé ont été vérifiées ou ne sont
pas contestées" Cass. com. 2 déc. 1997, J.C.P. ed. E. 1998, p. 178, note Bonneau.

وما سيلي رقم ٣٨

Working groupe on electronic commerce thirty first session, wp. 71, p. 7. (٣٢)

(٣٣) تلص المادة ٢٨ من قانون ديسمبر ١٩٩٠ في شأن تنظيم وسائل الاتصال بعد تعديلها بالقانون رقم ٦٥٩
الصادر في ٢٦ يوليو ١٩٩٦ على :

On entend par prestation de cryptographie toutes les prestations "visant à transformer à
l'aide de Conventions secrete des in formations ou signaux clairs en in formations ou signaux
inintelligibles pour des tiers, ou à réaliser l'opération inverse, grâce à des moyens matériels, ou
logiciels concus à cet effet".

القانون الدائم لقانون الأعمال ج ١ ص ٦١٨ ، وانظر أيضاً :

La réglementation française en matière de cryptographie, Juin, 1998.

(٣٤) حول التطور التاريخي للتشفير انظر :

Bensoussan et Le Poux, Cryptologie et signature électronique, p. 9 et s.

Tortelle et Lointier, Internet pur les Juristes, p. 2, aussi, Bensoussan, Internet as-

pects Juridiques, p. 17.

Cousin et Bensoussan, De la tradition et de la modernité, de la coutume sur l'inter-

net, G.P. 14 et 15 Janvier, 2000.

Fabrice Marie, Cryptologie actuelle, www. multimanla. com/marief, actu. htm. (٣٧)

"Suite finie d'operations élémentaires constituant un schéma de calcul "Origine arabe (٣٨)

El-Kharzmi (Larousse).

(٣٩) رأفت رضوان ، السابق ص ٨٠ ، انظر .

Bensoussan et Le Roux op. cit. p. 16. et 17; Bernhard, art. cit., Plette-Coudol; op. cit. n. 26;

F. Marle, art. cit.

"Data Encryption Standard" (٤٠)

التي ابتكرها المكتب الوطني للمعايير (NBS) في الولايات المتحدة الأمريكية منذ ما يزيد على عشرين سنة ،
انظر المراجع المشار إليها في الهامش السابق .

Plette-Coudol, op. cit. p. 16 (ref.r). (٤١)

(٤٢) رأفت رضوان ، السابق ص ٨٥ .

(٤٣) ولذلك تعرف بطريقة (RSA) ، انظر :

Bensoussan et Le Roux, op. cit. p. 18 et s.; Plette - Coudol, op. cit. n. 27.

(٤٤) الهامش السابق .

Bensoussan et Le Roux, op. cit. p. 18 et s. (٤٥)

(٤٦) النص العربي الوارد في المستند رقم (WP. 84) الذي ناقشته مجموعة العمل في الدورة ٣٦ ، وفي الدورة

٣٨ مستند رقم (WP. 88) والنص الفرنسي :

"Le terme "Signature électronique" designe des données sous forme électronique contenues dans un message de données, ou jointes ou logiquement associées au dit message,

pouvant être utilisée(s) pour identifier le détenteur de la signature dans le cadre d'un message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue".

والنص الإنجليزي

"Electronic signature "means data in electronic form" in , affixed to , or logically associated with, a data message that may be used to identify the signature holder in relation to the data message and indicate the signature holder's approval of the information contained in the data message".

وقرب المادة الأولى من توجيه الجماعة الأوروبية في ٢٩ نوفمبر ١٩٩٩ ، وحول تعريف التوقيع الإلكتروني في الولايات المتحدة الأمريكية ، انظر :

Http : // WWW. mbc. com/ecommerce. html.

(٤٧) انظر ماسيلي رقم ١٨ ورقم ٤٥ .

American Bar Association, digital signature guidelines Tutorial, WWW. Abnet. Org.; (٤٨)

The millennium digital commerce act, final Version June 8-2000, Sec. 4 (4) "The term electronic signature means an electronic sound, symbol, or process, attached to or logically associated with a contract or other record and executed or adopted by a person with the intent to sign the record" file: A : congress. html.

(٤٩) المستند WP. 88 مارس ٢٠٠١ ، رقم ٣٣ ، رسالة عايش المري ، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية ، القاهرة ١٩٩٨ ، رقم ٦٣ .

(٥٠) الفقرة (أ) من المادة الثانية من مشروع القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني .

(٥١) وذلك في غير المواد التجارية راجع المادة ٦٠ من قانون الإثبات بعد تعديلها بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ ، والتصرفات التي تزيد قيمتها على خمسة آلاف فرنك ٧٦٢,٢٥ يورو ، والتصرفات غير مقدرة القيمة ، المادة ١٣٤١ مدني فرنسي .

(٥٢) الأستاذ الدكتور سليمان مرقس ، أصول الإثبات في المواد المدنية ، رقم ٥٦ ، وقرب عايش المري ، الرسالة السابقة رقم ٤٢ .

(٥٣) الهامش السابق ، والتوقيع عند الأستاذ السدهوري هو الشرط الوحيد في القانون المصري لصحة الورقة العرفية ، الوسيط الجزء الثاني ، المجلد الأول رقم ١٠٦ .

- (٥٤) نقض ٢٢ مايو ١٩٩١ ، المجموعة السنة ٤٢ ص ١١٧١ .
- (٥٥) Paris, 22 mai 1975, D. 1976, Som. p. 8.
- (٥٦) نقض ٢ ديسمبر ١٩٩١ ، المجموعة السنة ٤٢ ، ص ١٧٥١ .
- (٥٧) القانون رقم ٣٨٠ الصادر في ١٦ يونيو ١٩٦٦ ، وراجع مؤلفنا قانون الأعمال ، الجزء الثالث ، وسائل الائتمان التجاري وأدوات الدفع ، رقم ٦٣ .
- (٥٨) Arrêt Crédicas, 8 nov. 1989, D. 1990, p. 369, note Gavalda.
- (٥٩) نقض ٢ ديسمبر ١٩٩١ السابق .
- (٦٠) سليمان مرقس ، السابق رقم ٥٦ ونقض مدني فرنسي في ٢٤ يونيو ١٩٥٢ .
- J.C.P. 1952, 7179, note Voirin.
- (٦١) نقض ٢ ديسمبر ١٩٩١ ، السابق .
- (٦٢) Permettant d'individualiser son auteur sans doute possible et traduisant la volonté non equivoque de celui ci de consentir à l'acte", Paris, 22 mai 1975, cit.:
- (٦٣) ما سيلى رقم ٤٥ ، وقرب المادة ٢ (أ) من مشروع القانون الموحد في شأن التوقيع الالكتروني ، وأيضا .
- The American Bar Association, Digital signature, Guidelines, cit.;
- Jean-Baptiste, op. cit. n. 114. (٦٤)
- (٦٥) للهامش السابق .
- (٦٦) Vivant, Les contrats du commerce électronique, n. 3
- (٦٧) الدكتور أسامة أبو الحسن ، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ، ص ٣٩ ، ويتم القبول مثلاً بمجرد الضغط بواسطة فأرة الحاسب الآلى على «موافق OK» ، جان باتيست ، السابق رقم ١١٧ .
- (٦٨) Senat, Qu'est-ce que la signature électronique, WWW. gouver. fr., aussi, Pletier-
- Coudol, op. cit. n. 61; Utah digital signature law, Title 46, chap. 3;".
- (٦٩) Senat, Qu'est-ce que la signature électronique, art. cit.
- (٧٠) Bensoussan et Le Roux, op. cit p. 20 et s. : قرب
- (٧١) Senat - Qu'est-ce que la signature électronique, art. cit.
- (٧٢) Cass. civ. 2 fév. 1996, D. 1996, Som., p. 329, note Délebecque.

Tonnellier et Dupuis - Toubol, art clt. (٧٣)

(٧٤) راجع ما سبق رقم ١٥ .

Artigo 7 Assnatura digital (٧٥)

(٧٦) فى نيويورك الفترة من ١٢ إلى ٢٣ مارس ٢٠٠١ .

(٧٧) وبذلك تكون لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي قد استكملت مجموعة من القوانين النموذجية عالجت جوانب التجارة الإلكترونية بدأت بالدليل القانوني الخاص بالتحويل الإلكتروني للأموال سنة ١٩٨٧ ، والقانون النموذجي فى شأن التحويلات الدولية سنة ١٩٩٢ ، والقانون النموذجي فى شأن التجارة الإلكترونية سنة ١٩٩٦ .

(٧٨) انظر ما سبق رقم ١٦ .

(٧٩) تنص المادة الثالثة من مشروع القانون النموذجي على :

"Aucune disposition de la presente loi, à l'exception de l'article 5, n'est appliquée de manière à exclure, restreindre ou priver d'effets juridiques une quelconque méthode de création de signature électronique satisfaisant aux exigences mentionnées au paragraphe 1 de l'article 6 ou autrement satisfaisant aux exigences de la loi applicable".

(٨٠) مجموعة العمل الخاصة بالتجارة الإلكترونية الدورة ٣٨ ، مستند رقم 88 Wp. ، بند ٧٥ ، ٧٦ .

(٨١) الهامش السابق ، بند ٣٢ ، وراجع أعمال مجموعة العمل منذ الدورة ٣١ التى عقدت فى فيينا فى فبراير ١٩٩٧ .

(٨٢) Working group on electronic commerce, docum. n. Wp. 88, n. 5.

(٨٣) قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ١٩٩٦ مع دليل لتشريعة ، بند رقم ٥٠ .

(٨٤) قريب أيضاً المادة ٧ من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية ١٩٩٦ .

(٨٥) طريقة حسابية فنية تسمح بالتحقق من ارتباط التوقيع الإلكتروني برسالة البيانات .

(٨٦) الملحق الأول لتوجيه الجماعة الأوروبية رقم ٩٣ الصادر فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٩٩ ، الجريدة الرسمية للجماعة الأوروبية فى ١٩ يناير ٢٠٠٠ ، وأيضاً :

Breban, Depadt et Bensoussan, l'Europe à l'heure de la signature électronique, G.P. 2000, doc p. 17.

(٨٧) ما سبق رقم ٢٥ .

(٨٨) لأن التوقيع الإلكتروني الذى استخدمته الجهة عند إصدار الشهادة يحتاج إلى تصديق جهة أخرى وهكذا .

(٨٩) Internet Engineering Task Force.

(٩٠) وإنظر أيضاً الملحق الثاني لتوجيه الجماعة الأوروبية الصادر في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٩٩ ومقال Breban et autres, cit.

(٩١) الهامش السابق .

(٩٢) أنظر أيضاً بحث الأستاذ (كابريولي) :

Securité et confiance dans le commerce électronique, signature numérique et autorité de certification, J.C.P. 1998, 1123.

(٩٣) قرب الملحق الرابع لتوجيه الجماعة الأوروبية في ١٣ ديسمبر ١٩٩٩ ، ومقال : Breban et autres, cit.

(٩٤) الأعمال التحضيرية للمجموعة المدنية جـ٣ ص ٣٤٩ .

(٩٥) الأستاذ السهري ، الوسيط جـ١ ، المجلد الثاني رقم ٣ .

"La preuve est un élément essentiel de tout système Juridique" Sédallan, Preuve et signature électronique, Juris. com. net/chr/2/ fr. 20000 509. htm.

Chamoux, La preuve dans les affaires de l'écrit au microfilm, Litec, p. 2 et 3. (٩٦)

(٩٧) نصاب الإثبات بالبينة في فرنسا خمسة آلاف فرنك بمقتضى مرسوم ١٥ يوليو ١٩٨٠ .

(٩٨) الأستاذ سليمان مرقس ، أصول الإثبات في المواد المدنية ، رقم ١٩٠ ، الأستاذ عبد الرزاق السهري ، السابق رقم ١٨٨ ، وقرب زميلنا الدكتور أسامة المليجي ، استخدام مستخرجات التفتيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني رقم ٦٩ وما بعده ، وأنظر المواد من ٦٠ إلى ٦٣ من قانون الإثبات رقم ١٣٥ لسنة ١٩٦٨ ، والمواد من ١٣٤١ إلى ١٣٤٨ من المجموعة المدنية الفرنسية قبل تعديلها في ١٣ مارس ٢٠٠٠ ، أنظر أيضاً :

Chamoux, op. cit., de p. 7 à p. 33; Tonnellier et Dupuis - Toubol, art. cit.

(٩٩) مؤلفنا قانون الأعمال ، جـ١ رقم ٤٣ ، والمادة ٦٩ من قانون التجارة الجديد ، ولاحظ أن المادة ١٠٩ من قانون التجارة الفرنسي بعد تعديلها في ١٢ يوليو سنة ١٩٨٠ تجيز إثبات الأعمال التجارية في مواجهة التجار بكافة طرق الإثبات :

"A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous les moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi".

Caprioli, Le Juge et la preuve électronique, Juris. com. net; Chamoux, op. cit. p. (١٠٠) 103 et s.; Catala et Gautivir, L'audace technologique à la cour de Cassation, Vers la libération de la preuve contractuelle, J.C.P. 1998, p. 905.

(١٠١) الأستاذ السهوري ، السابق رقم ٦٧ ، سليمان مرقس ، السابق رقم ٣٦ ، والمادة ١٨ من قانون الإثبات رقم ١٣٥ لسنة ١٩٦٨ .

(١٠٢) ما سبق رقم ٦ ، وأنظر : Caprioli, Preuve et signature dans le commerce électronique, Droit et Patrimoine, Dec. 1997, p. 57.

(١٠٣) استقر القضاء الفرنسي على هذه القاعدة منذ أمد بعيد ، انظر مثلاً : Cass. civ. 8 Juin 1896, D. P. 1897, p. 464; Cass. civ. 21 déc. 1976, D. 1977, IR; p. 151.

ولمزيد من التفصيل الأستاذ السهوري ، المرجع السابق رقم ١٩٠ ، وسليمان مرقس ، السابق رقم ١٩٩ ، ومؤلف الأستاذة (شامو) السابق ص ٣٣ ، ونقض مدني ٧ أبريل ١٩٢٨ ، الموسوعة الذهبية ج١ ص ١٣٤ رقم ١٩٢٥ ، وفي ٢٨ ديسمبر ١٩٥٠ ، نفس المرجع ص ٧٣٤ رقم ١٩٢٦ وأيضاً : Ammar, Preuve et Vraisemblance, contribution à l'étude de la preuve technologique, R.T.D. Civ. 1993, p. 499; Catala et Gautier, art. cit.

(١٠٤) الأستاذ السهوري ، السابق ص ٤٨٤ هامش (١) .

(١٠٥) وتطبيقاً لذلك أنظر مثلاً نقض مدني ١ مارس ١٩٧١ السابق .

(١٠٦) Cass. req. 16 fév. 1926, D.P., 1937, p. 89, note Savatier; Cass. civ. 26 oct. 1994, R.T.D. Civ. 1996, p. 172, note Mestre.

وهو قضاء لمحكمة النقض المصرية ، أنظر ما سبق رقم ٦ .

J.C.P. 1995, 22402, note Chartier; R.T.D. Civ. 1996, p. 174 obs. Mestre. (١٠٧)

(١٠٨) نقض مدني ٨ نوفمبر ١٩٨٩ ، السابق .

Cass. com. 2 déc. 1997, citée. (١٠٩)

ويقول الأستاذ (كابريولي) في تعليقه على هذا الحكم ، أنه يعترف بدور الكتابة الإلكترونية ليس كمجرد وسيلة للإثبات وإنما أيضاً كشرط لصحة القبول .

Droit et patrimoine, Janv. 1999, p. 88; aussi, Catala et Gautier, art. cit.

(١١٠) ويلاحظ أن أحكام القضاء الفرنسي التي أشرنا إليها تتعلق بالشبكات المغلقة .

(١١١) الجريدة الرسمية في ١٤ مارس ٢٠٠٠ ، القاموس الدائم لقانون الأعمال العدد ٥١٩ ، وهذا التشريع يعد أيضاً استجابة لتوجيه الاتحاد الأوروبي رقم ٩٣ الصادر في ١٣ ديسمبر ١٩٩٩ .

(١١٢) انتقد البعض استخدام فعل (ينتج من résultat de) ويفضل استخدام فعل (يراد أن يقصد s'entend) ، وأنظر : Groupe d'universitaires, L'introduction de la preuve électronique dans le code civil, J.C.P. 1999, 1182.

Groupe d'universitaires, art. cit.; aussi, Charbonneau et Pansier, Le droit de la (١١٣) preuve est un totem moderne, G. P. 31 mars et 1er avr. 2000.

(١١٤) لم نجد تعريفاً للكتابة في مختار الصحاح ، وفي المعجم الوسيط هي صناعة للكاتب ، والمعاني المختلفة لفعل (كتب) يربط إلى حد كبيره بينه وبين المحرر المادى وخصوصاً الورق ، وقرب من ذلك التعريف الوارد في القاموس الفرنسى (Robert) ، وقاموس (لاروس) ، وأنظر أيضاً : -Gautier, Revolution internet, le dédoublement de l'écrit Juridique, D. 2000, n. 12 Dernière actualité.

Charbonneau et Pansier, art. cit. (١١٥)

Sédallian, art. cit. (١١٦)

(١١٧) قرب المادة ٣/١٣١٦ من المجموعة المدنية الفرنسية التى نصت على أن :

"L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit support papier".

Charbonneau et Pansier, art. cit. (١١٨)

"Le titre le plus vraisemblable". (١١٩)

Groupe d'universitaires, art. cit.; Sédallian, art. cit. (١٢٠)

(١٢١) وهى النتيجة التى أكدتها وزيرة العدل الفرنسية أمام البرلمان الفرنسى ، أنظر مقال (جوتييه) السابق ، وراجع أيضاً مقال الأستاذة (سيدالان) السابق . وقارن تعليق الأستاذ (كابريولي) على حكم نقض تجارى فرنسى فى ٢ ديسمبر ١٩٩٧ السابق .

La signature..." Identifie celui qui l'appose. elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public , elle confère l'authenticité à l'act, et voir

Caprioli, La loi française sur la preuve et la signature électronique, J.C.P. 2000, 1224. (١٢٢)

(١٢٣) ما سبق رقم ١٨ ، وأنظر نقض مدنى فرنسى فى ٢٤ يونيو ١٩٥٢ ، حيث أن التوقيع -"Permet d'être sûr avec certitude l'identité de l'auteur de ce document et sa volonté d'en approuver les dispositions" J.C.P. 1952, 7179, note Voirin.

(١٢٤) وصفه البعض بأنه تعريف (محايد Neutre) ، نحن نفضل وصفه بالتجريد لأنه يطبق على كل ما

يؤدى الوظائف المقررة ، قارن Sédallian, art. cit.

(١٢٥) قرب المادة ١٣١٧ من المجموعة المدنية الفرنسية التى عرفت المحرر الرسمى وقالت أنه من الممكن أن يكون إلكترونياً ، متى صدر وتم حفظه وفقاً للشروط التى يحددها مرسوم من مجلس الدولة .

Ammar, art. cit. Huet, Vers une consécration de la preuve et de la signature électro- (١٢٦)
niques, art. cit.; Charbonneau et Pansier, art. cit.' Tonnellier et Dupuis-Toubol, art. cit.

(١٢٧) راجع المادة ١/٢ من توجيه الاتحاد الأوروبي الصادر في ١٣ ديسمبر ١٩٩٩ يراد بالتوقيع الإلكتروني :
"Une donnée sous forme électronique qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données
électroniques et qui sert de méthode d'authentification"

(١٢٨) وسيكون من أهداف المرسوم وضع التوجيه الأوروبي الصادر في ١٣ ديسمبر ١٩٩٩ موضع التنفيذ ، أنظر :
Caprioli, La loi française sur la preuve, art. cit.; Sédallian, art. cit.

(١٢٩) الهامش السابق ، وقرب مقال الأستاذ :

Huet, Vers une consécration de la preuve et de la signature électronique, cit.

(١٣٠) لاحظ أن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي اقترحت على الدول التي ترغب في قصر تطبيق
القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر سنة ١٩٩٦ على المسائل التجارية وحدها أن تضيف إلى المادة الأولى من
القانون السابق نصاً يؤكد أن أحكام قانون التجارة الإلكترونية لا يلغى أى قاعدة قانونية يكون القصد منها حماية
المستهلك .

2- Le conseil d'Etat, Rapport "Internet et les reseaux numeriques" sept. 1998, D.P.D. Aff.
Bull. 488; La réglementation sur la signature électronique aux usagers, <http://parodie.com>.; La
loi Informatique et libertés, de 6 janv. 1978.

(١٣١) كالمسائل المتعلقة بحجم (البيت) المستخدم في مفاتيح التوقيع ، أو أساليب التشفير المختلفة ، وطرق
تخزين وحفظ الرسائل الإلكترونية .

(١٣٢) Le procès Humplich, parodie.com; L'affaires serge Humplich, parodie.com.

(١٣٣) La réglementation sur la signature électronique, art. cit.

المحتويات

البحث الأول :

٣ خصوصية التعاقد عبر الإنترنت (د. أسامة أبو الحسن مجاهد)
٥ مقدمة
٧ تمهيد
١٣ - المطلب الأول (المشكلات العملية التي يثيرها التعاقد عبر الانترنت بصفة عامة .
١٧ - المطلب الثاني (نظرة على العقود المتداولة عملاً)
٢١ - المبحث الأول (تعريف العقد الالكتروني وتمييزه عن بعض العقود
٢١ - المطلب الأول (تعريف العقد الالكتروني)
٢٧ - المطلب الثاني (تمييز العقد الالكتروني عن بعض العقود)
٣٥ - المبحث الثاني (انعقاد العقد الإلكتروني)
٣٧ - المطلب الأول (التراخي في العقد الالكتروني)
٣٧ - الفرع الأول (وجود التراخي)
٥٧ - الفرع الثاني (صحة التراخي)
٥٩ - المطلب الثاني (محل العقد الالكتروني)
٦٢ - خاتمة
٦٦ - هوامش

البحث الثاني

٩٥ إبرام العقد في التجارة الإلكترونية
٩٧ - تقديم

- الفصل الأول	
- المبحث الأول (خصائص التجارة الالكترونية والعوامل التي ساعدت على نموها	
..... وأهميتها في الوقت الحاضر) ٩٩	
- المبحث الثاني (الطبيعة القانونية لعقد التجارة الالكترونية والمسائل القانونية الى	
تثار بشأنه) ١٠٣	
- خاتمة ١٢١	
- هوامش ١٢٢	
- مراجع البحث باللغة العربية ١٢٤	
- مراجع البحث باللغة الانجليزية ١٢٥	

المبحث الثالث :

الأوراق التجارية الالكترونية (الكمبيالة الالكترونية) أ.د محمد بهجت عبد الله فايد ١٢٧	
- مقدمة ١٢٩	
- نص تمهيدى ، ماهية الكمبيالة الالكترونية وخصائصها)	
- المبحث الأول (تعريف الكمبيالة التقليدية وتجارتها)	
- المبحث الثاني (ماهية الكمبيالة الالكترونية وأنواعها)	
- المبحث الثالث (خصائص الكمبيالة الألكترونية)	
- الفصل الأول (الكمبيالة الالكترونية الورقية ومدى خضوعها لقانون الصرف) ١٤٥	
- المبحث الأول (شكل الكمبيالة الالكترونية الورقية وبياناتها الإلزامية) ١٤٥	
- المبحث الثاني (مدى خضوع الكمبيالة الالكترونية الورقية للقبول والضمان	
الاحتياطى والتظهير) ١٤٩	
- المبحث الثالث (وفاء الكمبيالة الالكترونية الورقية) ١٥٣	
- الفصل الثاني (الكمبيالة الالكترونية الممغنطة) ١٥٩	
- المبحث الأول (ماهية الكمبيالة الالكترونية الممغنطة وتميزها عن مثيلاتها الورقية) ١٥٩	
- المبحث الثاني (مدى خضوع الكمبيالة الالكترونية الممغنطة للعمليات التى	
تخصع لها الكمبيالة العادية) ١٦٣	
- المبحث الثالث (عيوب نظام الكمبيالة الالكترونية والصعوبات التى يواجهها	
هذا النظام) ١٦٥	
- الخاتمة ١٦٩	

- ١٧١ هوامش -
١٨٣ قائمة المراجع (العربية والأجنبية) -

البحث الرابع

- ١٨٧ الحماية الجنائية لموقع التجارة الالكترونية على الانترنت ومحتوياته (د. مدحت رمضان)
١٨٩ مقدمة -
١٩١ الفصل الأول (تجريم الدخول غير المشروع على مواقع الانترنت) -
- المبحث الأول (الاتحاد الأوربي وتجريم الدخول غير المشروع على مواقع الانترنت) ١٩١
- المبحث الثاني (تجريم الدخول غير المشروع على مواقع الانترنت في الولايات المتحدة الأمريكية) ١٩٣
- المبحث الثالث (تجريم الدخول غير المشروع على مواقع الانترنت في التشريع الفرنسي) ١٩٥
- الفصل الثاني (حماية محتويات المواقع المخصصة للتجارة الالكترونية في ضوء قوانين حماية الملكية الفكرية) ٢٠١
- المبحث الأول (الحماية التي توفرها قوانين حماية الملكية الفكرية في القانون المقارن) ٢٠١
- المبحث الثاني (الحماية الجنائية في ضوء قانون حماية حق المؤلف المصري) ٢٠٣
- الفصل الثالث (تجريم الاعتداء على التجارة الالكترونية بدوقية لوكسمبورج) ٢٠٧
- توصيات ٢١١
- هوامش ٢١٢

البحث الخامس

- قيمة مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة ومدى حجيتها في الاثبات المدنى (د. أسامة أحمد شوقي المايجي) ٢١٥
٢١٧ مقدمة -
- الفصل الأول (مشكلات الاثبات التي يثيرها استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة) ٢٢١
- المبحث الأول (المخاطر الى تتعرض لها البيانات والمعلومات المتبادلة عن طريق التقنيات العلمية الحديثة) ٢٢١

٢٢٧	- المبحث الثانى (قاعدة عدم جواز اصطناع الشخص لنفسه دليل اثبات بنفسه) ...
٢٣٧	- الفصل الثانى (مدى قبول مستخرجات التقنيات الحديثة فى الاثبات أمام المحاكم المدنية)
٢٣٧	- المبحث الأول (موقف المشروع الفرنسى)
٢٤٢	- المبحث الثانى (موقف المشروع المصرى من استخدام مستخرجات التقنيات الحديثة فى الاثبات)
٢٥٤	- خاتمة

المبحث السادس

٢٥٧	بعض الجوانب القانونية للتوقيع الالكترونى (د. على قاسم)
٢٥٩	- مقدمة وخطة البحث
٢٦١	- تمهيد (المقصود بالتجارة الالكترونية)
٢٦٥	- المبحث الأول (التوقيع الالكترونى من الناحية التقنية)
٢٧٣	- المبحث الثانى (التنظيم القانونى للتوقيع الالكترونى)
٢٨٧	- الخلاصة
٢٨٩	- توصيات الحلقة الدراسية (الجوانب القانونية التجارة الالكترونية)
٢٩٠	- هوامش

طبع بالهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية

رقم الإيداع ١٥٥٣٦ / ٢٠٠٢

أدى التقدم الهائل في وسائل الاتصال في نهاية القرن العشرين إلى تحول العالم إلى قرية واحدة، وأثر ذلك على العلاقات بين الشعوب المختلفة فتخطت الحواجز الإقليمية والجغرافية والثقافية، ليلتقي أطرافها عبر الأنيز بسرعة فائقة الفعالية.

ولم تكن المعاملات التجارية بمنأى عن هذا التأثير، فأصبح التجار يعرض منتجاته وخدماته عبر شبكة (الانترنت) وأضحى كل شخص يجلس أمام جهاز حاسوب متصل بالشبكة عميل محتمل له، فيكفى أن يضغط على مفتاح معين ليبرم التصرف القانوني. وكان من الطبيعي أن تتطور قواعد القانون لتستجيب لحاجات هذه التجارة الإلكترونية الجديدة المتحررة من المستندات الورقية، كي توفر الثقة والأمان لعقود التجارة الإلكترونية التي تجرى عبر الشبكات المفتوحة. فصدر قانون التجارة الإلكترونية النموذجي عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي وهناك أيضاً مشروع قانون التوقيعات الإلكترونية النموذجي، كما صدرت تشريعات وطنية في الولايات المتحدة الأمريكية، وألمانيا، وفرنسا ودول أخرى ولذلك حرصت لجنة القانون بالمجلس الأعلى للثقافة على تنظيم هذه الندوة التي تعالج بعض الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، كي تلقى الضوء على المشكلات القانونية التي تطرحها التجارة الإلكترونية والتي تتعلق بقانون الإثبات، ونظرية الالتزامات، وقانون العقوبات الذي بدأ يواجه ظواهر إجرامية لم تكن معروفة من قبل.

Bibliotheca Alexandrina



0423864

